Die Bedeutung der Rechtsvermutung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

Georg Scherz

Referendar aus Wiesbaden

Buchdruckerei Carl Ritter G. m. b. H., Wiesbaden

1928

Als Dissertation von der juristischen Fakultät angenommen
am 15. Mai 1928.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

André-Achilles-Greiff, Handkommentar zum BGB. 12. Aufl. 1927.
Arndt, Pandekten. 13. Aufl. 1886.
Beckh, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1899.
Behm, Die juristische Konstruktion der Rechtsvermutung. Leipziger Diss. 1914.
Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozeß. 2. Aufl. 1904. 3. Aufl. 1910.
Biermann, Kommentar zum Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.
Binder, Die Rechtsstellung des Erben. Bd. 3. 1905.
Borst, Über die Beweislast im Zivilprozeß. 2. Aufl. 1835.
Bollenbeck, Vorausquittung bei Hypothekendarlehen. Zeitschr. d. Deutschen Notarvereins. 1910. Heft 9, S. 657ff.
Brodmann, Zur Lehre von der Beweislast. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 98, S. 66ff.
Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1901.
Burkhard, Die zivilistische Präsumtion. Weimar 1866.
Brodnitz, Die Erbscheinsvermutung. Breslauer Diss. 1920.
v. Canstein, Rationelle Grundlagen des Zivilprozeßrechts. 1877.
du Chesne, Rechtssetzende Vermutungen. Zeitschr. f. d. Notariat u. f. die freiwill. Rechtspfl. in Bayern. 1908. Nr. 10, 11.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Tübingen 1905.
Dänzer, Die tatsächliche Vermutung. Freiburger Diss. 1914.
Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts u. der Privatrechtsnormen des Reichs. Halle 1894.
Eckstein, Die Entkräftigung der gesetzlichen Vermutung durch Gegenbeweis und Gegenvermutung. Zugleich ein Beitrag zu § 292 ZPO. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 57, Heft 4 u. 5.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I, 1903. III, 1, 8. u. 9. Aufl. 1919. 2, 1920.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 18./21. Aufl. 1923. 22./24. Aufl. 1924. Bd. 2. 18./22. Aufl. 1921. Bd. 3. 15./19. Aufl. 1923.
Eßlinger, Der Erbschein nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. München 1902.
Fischer, O., Zur Lehre von der Rechtsvermutung (Besprechung eine RG.-Urteils), Iherings Jahrbücher. Bd. 63.
— Recht und Rechtsschutz. Eine Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Zivilprozeß. Berlin 1889.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 12. Aufl. München 1923.
Fitting, Die Grundlagen der Beweislast. ZZP. Bd. 13, S. 1ff.
Foerster-Cann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. Berlin 1913.
Gautschi, Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem, richterlichen Ermessen. 1913.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1905.
Goldmann, Über den Unterschied der Vermutung einer Tatsache und der Vermutung eines Rechtsverhältnisses. Breslauer Diss. 1913.
Groh, Besprechung von Franz Leonhard: Die Beweislast in JW. 1926, S. 2419ff.
Grützmann, Besprechung von Rosenberg: Die Beweislast in Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 123, S. 122ff.

Güthe, Kommentar zur Grundbuchordnung. 1913.
Hedemann, Die Vermutung nach dem Recht des deutschen Reiches. Jena 1904 (zit. Hedemann).
Hegler, Anerkenntnis und Verzicht. 1903.
Heinsheimer, Die Tragweite der Erbscheinsvermutung. Leipziger Zeitschr. f. deutsches Recht. 1915. Nr. 19.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1909.
Hölder, Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches des Deutschen Reiches. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 73, S. 1ff.
Johannßen, Die Präsumtion im Prozeß. Leipziger Diss. 1909.
Josef, Die Stellung des Prozeßgerichts gegenüber dem Erbschein. Jherings Jahrbücher. Bd. 65.
— Die Bedeutung des Erbscheins für das Prozeßgericht. Hessische Rechtspr. 14. Jahrg. Nr. 21.
— Rechtsvermutungen aus Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbarkeit, Notariat u. Zwangsversteigerung. 1913. Heft 4.
Kipp, Die Doppelwirkung im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit. Festschr. für v. Martitz. Berlin 1911.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 3. Aufl. 1925.
Kohler, Technik der Gesetzgebung. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 96.
Korsch, Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß und das qualifizierte Geständnis. 1911.
Kreß, Zur Lehre von der Beweislast nach dem BGB. Würzburger Diss. 1899.
Kretzschmar, Der Erbschein. Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbark. und Notariat. 1908. Heft 18.
Kuhn, Die Beweislast, insbesondere in der schweizerischen Zivilgesetzgebung. Abhandlungen zum schweiz. Recht. 47. 1912.
Kuttner, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Jherings Jahrbücher. Bd. 61.
— Das Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren. Sonderabdruck aus der Festg. der Berl. Jurist. Fakultät für Otto Gierke. Breslau 1910.
Leonhard, Fr., Die Beweislast. 1. Aufl. Berlin 1904. 2. Aufl. Berlin 1926 (zit. Leonhard).
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht. Berlin 1912.
Martinius, Behauptungs- und Beweislast beim negativen und beim bedingten Vertrage. 1902.
Meyer, Herbert, Entwertung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.
— Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht. München 1909.
Mosbacher, Die Beweislastlehre nach dem BGB., unter besonderer Berücksichtigung der §§ 929—936. Beiheft zur Rhein. Zeitschr. 6.
Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht. 5. Aufl. Berlin 1927.
Neumann, Handausgabe des BGB. Berlin 1912.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914.
Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905.
Peters, Besprechung von Dernburg: Deutsches Erbrecht in Gruchot. Bd. 50, S. 148.
Planck, Kommentar zum BGB., Sachenrecht. Berlin, Leipzig. 4. Aufl. 1920.
Plocz, Die Natur der gesetzlichen Vermutungen. Festschr. für Wach. Bd. 2. 1913.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1877.
Püschel, Die Beweislast. Betrachtungen zum Werke Franz Leonhards in JW. 1926. Nr. 15, 16.
Rabel, Umstellung der Beweislast. Rhein. Zeitschr. 1923.
Regelsberger, Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags in Jherings Jahrb. Bd. 40, S. 249ff.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Aufl. Berlin 1928.
Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des BGB. und der ZPO. 1. Aufl. 1900. 2. Aufl. 1923 (zit. Rosenberg).
— Kommentar zum Sachenrecht. München 1919.
— Zur Lehre vom qualifizierten Geständnis. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 94, S. 1ff.
Sattelmacher, Über die Gültigkeit und Bedeutung der gemeinrechtlichen Prozeßregel. Freiburger Diss. 1902.
Schmidt, R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.
Schneider, Die vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. 2. Aufl. 1842.
Seuffert, Kommentar zur ZPO. 10. Aufl. München 1907.
Siber, JW. 1922. S. 489.
Siemsen, Die Beweislast in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Gewerbe- und Kaufmannsgericht. 1925, S. 533ff.
Skonietzki-Gelpke, Kommentar zur ZPO. Berlin 1911.
Sluzewski, Die Widerlegung von Rechtsvermutungen, mit besonderer Berücksichtigung des Erbscheins. Breslauer Diss. 1921.
Spengler, Inhalt und Wirkung der Vermutungen im BGB. Heidelberger Diss. 1915.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 9. Aufl. 1926. Bd. 5. 7./8. Aufl. 1914.
Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. 13. Aufl. Tübingen 1926.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. 3. Aufl. 1904.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 7. Aufl. 1906.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung. Berlin, Leipzig 1927.
Unger, Österreichisches Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1876.
Wach, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in ZZP. 29, S. 359ff.
Warlo, Über die Unterschiede von Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen. Breslauer Diss. 1914.
Wehli, Die Beweislast im neueren Zivilprozeß. Wien 1896.
Wendt, Beweis und Beweismittel. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 63, S. 254ff.
Weißler, Das Nachlaßverfahren. Berlin 1920.
Zendig, Die Widerlegung der Rechtsvermutungen, insbesondere der aus dem Grundbuch, dem Erbschein und dem Testamentsvollstreckerzeugnis. Breslauer Diss. 1919.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Entscheidungen des Kammergerichts.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Leipziger Zeitung für das deutsche Recht.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Zeitschrift für das Notariat und die freiwillige Rechtspflege in Bayern.
Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß (ZZP.).
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung.
Motive zum Entwurf eines BGB. 1888.
Protokolle der zweiten Kommission. 1897, 1899.

I.

Begriff der Vermutung. Bedeutung in der Gerichtspraxis. Umgrenzung des Themas.

Im Rechtsleben ist ebenso wie im gewöhnlichen Leben selten mit absoluten Gewißheiten zu rechnen. Daher erklärt es sich, daß man auch im Rechtsleben zur Festlegung eines Tatbestandes sich häufig mit sogenannten „Vermutungen" begnügen muß. Eine Vermutung im gewöhnlichen Sprachgebrauch stellt einen von jedermann willkürlich vorzunehmenden Schluß von gewissen Tatsachen auf andere nicht feststehende Tatsachen dar, den der Einzelne gewöhnlich darum macht, weil unter ähnlichen Umständen die ungewisse Folge tatsächlich eintrat. Treten uns nun im Gesetz „Vermutungen" entgegen, so handelt es sich um gesetzliche Regeln, bei denen von dem Richter unter Ausschluß jeder freien, richterlichen Überzeugung gefordert wird, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ungewisse Folgerungen als vorhanden anzunehmen. Beachtet er diese nicht, so kann hierdurch Revision des von ihm gefällten Urteils begründet werden, denn diese Nichtbeachtung stellt eine Gesetzesverletzung dar[1]).

Das Hauptererfordernis der Vermutung ist also ein Rechtssatz. Hierdurch unterscheidet sie sich von dem Erfahrungssatz, der praesumtio facti oder „Laienvermutung", wie Hedemann[2]) sie nennt. Letztere äußert ihre Wirkung im Prozeß auf dem Gebiet der Beweiswürdigung. Sie ist als Niederschlag der allgemeinen Lebenserfahrung nicht normiert und wird dem Richter nicht aufgezwungen ihre Anwendbarkeit hängt lediglich von der freien Überzeugung des Richters im Einzelfall ab. Sie stellt es ihm frei, bei Vorliegen einer Tatsache, einen Schluß auf die Wahrheit oder Unwahrheit einer anderen, noch ungewissen Tatsache zu ziehen. Der Unterschied zwischen Erfahrungssätzen und Gesetzesvermutungen zeigt sich vor allem in den Wirkungen. Bei ersterer stellt der Richter durch seinen Schluß eine Tatsache fest, seine Tätigkeit

---

1) Vgl. RG., Bd. 55, S. 55; RG. JW., 1910, S. 391, Nr. 9; Betzinger, S. 152; Kuttner, Jher. Jahrb., Bd. 61, S. 110.

2) Vgl. Hedemann, Die Vermutung, S. 2.

ist daher der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen (§ 561, Abs. 2, ZPO.). Bei der Gesetzesvermutung zieht jedoch nicht der Richter einen Schluß auf die vermutete Tatsache, sondern das Gesetz tut dies. Die richterliche Tätigkeit bei Entscheidung auf Grund einer Gesetzesvermutung ist mithin Rechtsanwendung und deshalb der Revision zugänglich[3]).

Trotz dieser Unterschiede hat man von altersher Erfahrungssätze mit den Gesetzesvermutungen verwechselt. Immer wieder finden sich Entscheidungen, die aus tatsächlichen Erwägungen Gesetzesvermutungen ableiten[4]). Der Fehler ist uralt und beruht auf der bekannten Verwechslung von Beweislast und Beweisführung[5]). Vielfach mag man auch die Erfahrungssätze nicht der Revision entziehen[6]).

Eine Betrachtung der besonderen Bedeutung der Gesetzesvermutungen im Prozeß wird zeigen, daß sie eine große Rolle besonders da spielt, wo es gilt, einen Rechtsstreit zu entscheiden. Bei den dem menschlichen Erkenntnisvermögen gesetzten Schranken kommt es häufig vor, daß die Prozeßparteien die zur Anwendung des objektiven Rechts erforderlichen Grundlagen durch Darlegung des tatsächlichen Hergangs der Ereignisse nicht in einem dem Richter voll überzeugenden Maße zu geben vermögen.

In einem solchen Falle darf der Richter nicht etwa überhaupt die Fällung einer sachlichen Entscheidung ablehnen. Er hat vielmehr immer bei Vorliegen der prozessualen Voraussetzungen eine Entscheidung zu fällen, die davon abhängen wird, ob er das tatsächliche Vorbringen der Parteien für genügend erachtet, die verlangte Rechtswirkung als eingetreten zu bejahen oder als nicht eingetreten zu verneinen[7]).

Die Antwort darauf, was der Richter in Fällen des Zweifels an der Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen zu tun hat, geben die Regeln über die Beweislast. Sie versetzen den Richter in die Lage, zu irgend einer Entscheidung zu kommen. Die Entscheidung geht nämlich gegen diejenige Partei, welche für die ungewiß gebliebenen, tatsächlichen Behauptungen die Beweislast trägt[8]).

Diese außerordentliche Bedeutung der Beweislast für den Ausgang eines Prozesses bringt es naturgemäß mit sich, daß alle Rechtsinstitute, die irgend welchen Einfluß auf die Verteilung der Beweislast im Prozesse aus-

---

[3]) Vgl. Rosenberg, Die Beweislast, 2. Aufl., S. 240 u. a.

[4]) Vgl. z. B. RG. im Recht, 1919, S. 391; RG. in Warn, 1920, S. 132; RG. LZ. 1921, S. 143; ferner Rosenberg, a. a. O., S. 213ff.

[5]) Vgl. die eingehenden Ausführungen hierzu bei Leonhard, Die Beweislast, 2. Aufl., S. 178ff.

[6]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 195.

[7]) Vgl. hierzu Rosenberg, a. a. O., S. 10.

[8]) Eingehendere Darlegungen hierzu in § 2.

üben, auch eine wichtige Rolle in der Praxis der Gerichte spielen. Inwieweit die Gesetzesvermutungen die Beweislast beeinflussen, ist stark bestritten. Nach der Ansicht einer großen Zahl von Schriftstellern gewähren sie für die beweisbelastete Partei große Erleichterungen[9]), nach anderen befreien sie von der Beweislast sogar ganz[10]).

Welche Bedeutung den Gesetzesvermutungen im allgemeinen bezüglich der Beweislast zukommt, soll zunächst Gegenstand unserer Untersuchungen sein. Im besonderen soll uns eine wichtige Unterart der Gesetzesvermutung beschäftigen, die sogenannte „Rechtsvermutung", deren Wesen und Stellung in der Beweislast immer noch stark umstritten ist. Erwähnt sei hier nur, daß auch darüber, welche Gesetzesbestimmungen überhaupt als Vermutungen im technischen Sinn, d. h. als Gesetzesvermutungen zu gelten haben, Streit herrscht. So hält man für Vermutungen alle Beweislastregeln des BGB.[11]); die Auslegungsregeln des BGB.[12]); Hedemann[13]); der Verfasser der eingehendsten Monographie nimmt Vermutungen nur dann an, wenn im Gesetz ausdrücklich das Wort „vermuten" gebraucht wird. In neuester Zeit ist diese Frage bei Rosenberg[14]) gelegentlich der Darstellung seiner Beweislastlehre eingehend erörtert worden.

Diese Streitfragen beziehen sich aber nur auf die andere Gruppe von Gesetzesvermutungen, die man im Gegensatz zu den zuerst von O. Fischer[15]) so genannten „Rechtsvermutungen" als „Tatsachenvermutungen" bezeichnet. Diese, die im Gesetz im bewußten Gegensatz zu ersteren gestellt wurden, fanden sich schon in älteren Rechten vor und gebieten, von einem gegebenen Tatbestand aus, eine Schlußfolgerung auf das Vorhandensein einer anderen Tatsache.

Die Rechtsvermutung hingegen, die in Wiederanknüpfung an deutsche Rechtsgedanken entstand[16]), schreibt von einem gegebenen Tatbestande aus

---

[9]) Vorst, S. 91ff.; Unger, S. 580f.; Wendt, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 63, S. 288; v. Canstein, Rationelle Grundlagen, S. 32, Anm. 5; Wach, Zeitschr. f. d. deutsch. Zivilpr., Bd. 29, S. 371; Betzinger, S. 148; Hedemann, S. 295; Crome, I, S 563; Siber, JW, 1922, S. 489[13].

[10]) Puchta, Pand. § 97; Arndt, Pand. § 114; Fitting, ZZP., 1913, S. 74 ff.; Wehli, S. 17; Beckh, S. 75; O. Fischer, Iher. Jahrb., Bd. 63, S. 276; Wach, a. a. O., S. 364.

[11]) Betzinger, S. 143f.; Martinius, S. 6ff.

[12]) Kohler, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 96, S. 371; Oertmann, Rechtsordn. u. Verkehrssitte, S. 218, 256, 264 u. 273; Wach, a. a. O. S. 271.

[13]) Hedemann, S. 221, 255, 260, 264.

[14]) Rosenberg, S. 226—273.

[15]) Fischer-Henle, 2. Aufl. 1898, Einleitung, IX; Hedemann, S. 271, Anm. 2.

[16]) Vgl. Näheres bei Hedemann, S. 51ff.; Herbert Meyer, Entwehrung, S. 292f.

eine unmittelbare Schlußfolgerung auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtes oder Rechtsverhältnisses vor.

Trotz der besonders seit den eingehenden Abhandlungen von O. Fischer und Kuttner[17]) zur Frage der Rechtsvermutung reichhaltig erschienenen Literatur ist das Wesen der Rechtsvermutung und insbesondere ihr Einfluß auf die Beweislast nicht in dem Maße geklärt, daß sie in der Praxis der Gerichte nicht noch Unklarheiten oder Anlaß zu Streitfragen bieten könnte. Unsere Hauptaufgabe wird daher sein, diese Streitfragen kritisch zu würdigen. Zu dieser Untersuchung sollen insbesondere Entscheidungen, die zu den §§ 891, 1006 und 2365 BGB. ergangen sind, herangezogen werden.

II.

Die Bedeutung der Gesetzesvermutung für die Beweislast.

§ 1.

Sie ist keine Beweisregel.

Im Prozeß kommen als den Beweis betreffende Regeln vor allem zwei Gruppen in Betracht, die Beweis- und die Beweislastregeln.

Gesetzliche Beweisregeln im Sinne von § 286 Abs. 2 ZPO. sind z. B. die §§ 164, 314, 415—418 ZPO. Es sind dies prozeßrechtliche Regeln, die den Richter zwingen, einzelnen Beweismitteln eine bestimmte Überzeugungskraft beizulegen. Die Beweisregeln entfalten ihre Kraft grundsätzlich nur in der Beweisaufnahme. Sie kommen nicht in Betracht, wenn eine Beweisaufnahme überhaupt nicht stattfindet, z. B. wenn der Beklagte im ersten Termin ausbleibt. Hier würde gerade die Vermutung ihre Wirkung entfalten. Eine Beweisregel kann nur die formelle Beweiskraft eines Beweismittels betreffen. Nur deswegen ist die Prüfung der betreffenden Tatsache dem Richter entzogen. Entzogen aber stets nur seiner freien Beweiswürdigung, die in § 286 Abs. 1 ZPO. für unseren heutigen Zivilprozeß normiert ist.

Teilweise wird allerdings die Vermutung auch vom Standpunkt der Beweiswürdigung betrachtet und damit als Beweisregel charakterisiert[1]).

---

[17]) Vgl. Kuttner, a. a. O., S. 110 f.; O. Fischer, a. a. O., Bd. 63, S. 272 ff.

[1]) Peters, in Gruchot, Bd. 50, S. 148, für § 891, 2365; R. Schmidt, Lehrbuch, S. 470; Josef, Jher. Jahrb., Bd. 65, S. 177, 182; Josef, ZZP., Bd. 40, S. 304; Pagenstecher, Materielle Rechtskraft, S. 181 ff.; Sydow-Busch, § 286, Anm. 4; Dänzer, die tatsächliche Vermutung, S. 9; Wach, a. a. O., S. 371 ff.; Johannßen, Die Präsumtion im Prozeß, S. 83 ff.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch schon die Entstehungsgeschichte des § 292 ZPO. So bestimmte § 14 des Gesetzes betr. Einführung der ZPO. vom 30. 1. 1877: „Außer Kraft treten insbesondere die Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist."

Man war also bestrebt, alle die in früheren Rechten, insbesondere der legalen Beweistheorie vorhandenen Vorschriften abzuschaffen, in denen die richterliche Tätigkeit durch eine gesetzliche Regel ersetzt werden konnte, um dem Grundgedanken der freien Beweiswürdigung Geltung zu verschaffen[2]). Nur wenn unbedingt notwendig, wurde durch eine Beweisregel die Freiheit des Richters aufgehoben. Es ist deshalb einleuchtend, daß man durch die Vermutungen diese Beschränkung in der Freiheit des Richters nicht noch mehr erweitern wollte.

Ferner spricht noch gegen diese Auffassung, daß die Wiederlegung einer Beweisregel niemals durch Eideszuschiebung erfolgen kann, während gegenüber der Vermutung gemäß § 292 Eideszuschiebung statthaft ist[3]). Für die Beweisregel hingegen ist nach § 446 ZPO. Eideszuschiebung unzulässig. Wäre die Vermutung eine Beweisregel, so müßte dies folgerichtig auch bei ihr der Fall sein. Die meisten der genannten Schriftsteller wollen diesen Schluß nicht ziehen, begehen also insofern eine Inkonsequenz[4]).

Schließlich zeigt auch die Begriffsbestimmung der Beweisregel, daß die Vermutung in keiner Weise als Beweisregel anzusehen ist. „Beweisregeln sind Rechtssätze, die den Richter zwingen, bestimmten Beweismitteln einen bestimmten Beweiswert beizulegen"[5]) oder „Vorschriften über die aus einem Beweise ohne Rücksicht auf die Überzeugung des Richters kraft gesetzlichen Zwanges zu ziehenden Folgerungen"[6]). Die Beweisregel setzt also eine richterliche Tätigkeit voraus, welche dem Beweisgedanken unterstellt ist und sich von der freien, richterlichen Beweiswürdigung nur dadurch unterscheidet, daß der Richter bei der Schlußfolgerung die zu beweisende Tatsache anstatt unter die Erfahrungsregel des Lebens, unter die Regel des Gesetzes zu subsummieren hat. Dagegen erläßt das Gesetz mit der Vermutung keinen Befehl an den Richter in bezug auf dessen Beweistätigkeit, er soll nicht eine Beweisregel anwenden und mit deren Hilfe einen Beweis würdigen. Hat die Vermutung schon etwas mit Beweis zu tun, so läßt sie das Gesetz nicht durch den Richter anwenden, sondern wendet sie selbst auf

---

[2]) Hedemann, S. 117ff.
[3]) Vgl. Hedemann, S. 136, 252; R. Schmidt, a. a. O., S. 470, Anm. 1.
[4]) So z. B. Peters, a. a. O., S. 149; Josef, a. a. O., Bd. 65, S. 177.
[5]) So Stein-Jonas, § 286 IV.
[6]) So Foerster-Kann, § 286, 4.

ein in der Vermutung schon bestimmtes Beweisthema an. Das Gesetz läßt also nicht durch den Richter vermuten, sondern es vermutet selbst[7]).

Plócz hat ferner noch mit Recht darauf hingewiesen, daß die Beweisregeln den Beweiswert eines Beweismittels ohne Beziehung auf ein bestimmtes Beweisthema und daher für alle Beweisthemen festsetzen[8]). Die gesetzlichen Vermutungen sind aber ohne Beweisthema nicht denkbar[9]).

Die Vermutung ist also keine Beweisregel, obwohl zuzugeben ist, daß sie einen ähnlichen Erfolg hervorruft.

§ 2.

Sie hat die Wirkung einer Beweislastregel.

Kann man die Vermutungen nun als Beweislastregeln bezeichnen?

Bevor wir diese Frage erörtern, soll, soweit es der Rahmen der uns gestellten Aufgabe erlaubt, kurz auf einige Hauptgesichtspunkte der Beweislastlehre eingegangen werden, vor allem im Hinblick darauf, inwieweit es berechtigt ist, die Vermutung als Ausnahme gegenüber den allgemeinen Beweislastregeln anzusehen.

Wie schon oben angedeutet, gibt die Lehre von der Beweislast die Antwort auf die Frage, welche Partei den Nachteil davon hat, daß ein rechtserheblicher Umstand ungewiß ist, d. h. daß weder sein Vorliegen, noch sein Nichtvorliegen dem Gericht bewiesen ist. Die Beweislast ist also die Lehre von den Folgen der Beweislosigkeit[1]). Die Frage nach der Beweislast taucht gar nicht auf, wenn alle rechtserheblichen Umstände bewiesen sind; Beweislast ist nicht Beweispflicht. Vielmehr kann der Beweis des rechtserheblichen Umstandes von jeder der Parteien, auch von der nicht beweisbelasteten erbracht, oder durch Geständnis überflüssig gemacht werden[2]).

Es liegt im Wesen der Beweislast, daß die belastete Partei Sorge dafür trage, daß die ihr günstigen Umstände erwiesen werden, da sie sonst mit ihrem Antrag nicht durchdringt. Aber nur das eigene Interesse ist es, daß die Partei zum Beweise zwingt. Man kann daher Beweislast auch nennen: die Gefahrtragung für eine Ungewißheit dergestalt, daß, wenn die Wahrheit einer Behauptung nicht festgestellt werden kann, der Nachteil hiervon diejenige Partei trifft, welche verlangt, daß die von dem behaupteten Umstand abhängige Rechtswirkung ausgesprochen werde. Die Beweislast erhält insofern also auch eine subjektive Beziehung.

---

7) Vgl. hierzu Plócz, Die Natur der gesetzlichen Vermutungen, S. 32ff.
8) Vgl. Plócz, a. a. O.
9) Vgl. auch Rosenberg, S. 250.

1) Vgl. Leonhard, S. 128.
2) Vgl. Leonhard, S. 131ff.

Darüber, daß in dieser Gefahrtragung das Wesen der Beweislast besteht, sind sich fast alle Schriftsteller einig[3]). Verschieden aber sind die Ansichten, wie sich die Beweislast zwischen den Parteien verteile.

Der Ausgangspunkt aller Ansichten ist der, daß der Kläger, der einen Anspruch erhebt, zwar Voraussetzungen dieses Anspruches beweisen müsse, aber die Ansichten gehen darüber auseinander, wie weit man vom Kläger den Beweis der Voraussetzungen verlangen könne. Verlangt man den Beweis sämtlicher positiven und negativen Voraussetzungen (z. B. auch, daß die Schuld noch nicht getilgt sei), so wäre der Rechtsschutz illusorisch. Man kommt also dazu, die Beweislast zwischen den Parteien zu verteilen.

Da es für eine Partei von größter Wichtigkeit für den Ausgang des Prozesses ist, ob sie für einen rechtserheblichen Umstand die Beweislast trifft, so gewinnt die Frage nach der Verteilung der Beweislast die allergrößte Bedeutung. Die Beweislast darf daher nicht willkürlich zwischen den beiden Prozeßparteien verteilt werden, sondern bestimmte Grundsätze müssen maßgebend sein. Welche Grundsätze hierbei in Frage kommen, darüber herrscht in der Wissenschaft der größte Streit. Hauptsächlich sind zwei Methoden zu unterscheiden, einerseits die Theorien der Themenverteilung, andererseits die der Tatbestandsverteilung.

Die ersteren haben das gemein, daß sie für gewisse Themen bestimmten Inhalts den Beweis nicht von dem verlangen, der sie behauptet, sondern vom Gegner, der dann das Gegenteil zu beweisen hat. Darüber aber, was der Inhalt dieser Themen sein müsse, bestehen wieder verschiedene Ansichten. Zunächst ist hier zu erwähnen die Negativentheorie[4]). Sie besagt, nur positive Tatsachen, nicht Verneinungen bedürften des Beweises. Eine andere Art der Themenverteilung ist die nach dem inneren und äußeren Tatbestand. Nach ihr soll der Beweis der „äußeren" Entstehungsbedingungen dem Kläger zur Last fallen, während der Beklagte die Beweislast dafür trägt, daß die „inneren" Entstehungstatsachen nicht vorliegen.

Wie nun aber auch die Art der Themenverteilung sein mag, immer liegt ihr ein falscher Ausgangspunkt zugrunde. Es wird bei der Anschauungsweise, daß gewisse Themen ein für allemal vom Beweise ausgenommen seien, gar nicht berücksichtigt, welche Stellung die betreffende Tatsache im Tatbestand selbst einnimmt. Dies ist aber ein Unterlassen, welches unbedingt zu falschen Ergebnissen führen muß. Denn das Gesetz hat für jede Rechtswirkung die Voraussetzungen einzeln festgesetzt und zu diesen Voraussetzungen

---

[3]) Leonhard, S. 130; Mosbacher, a. a. O., S. 8; Wach, a. a. O., S. 360; Brodmann, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 98, S. 78f.; Fitting, a. a. O., S. 12; Rosenberg, S. 11; Rosenberg, Arch. f. ziv. Praxis, 94, S. 6; Wehli, a. a. O., S. 8ff.; Endemann, Lehrb., I, § 87b, S. 479; Regelsberger, Jher. Jahrb., Bd. 40, S. 259.

[4]) Vgl. Fitting, a. a. O., S. 18ff.; Beckh, S. 57ff.

gehören bald negative, bald positive, bald äußere, bald innere Tatsachen. Der Prozeß ist die Durchführung des materiellen Rechts. Er muß daher in seiner Beweislastverteilung ein getreues Bild der Voraussetzungen des eigentlichen Anspruches geben, da ja allgemein Einstimmigkeit darüber herrscht, daß der Kläger Voraussetzungen seines Anspruchs beweisen muß. Die Betrachtungsweise der Themenverteilung entspricht also nicht dem Aufbau des materiellen Rechts, da sie generell Themen von der Beweislast ausnimmt, während das Gesetz jeden Tatbestand einzeln für sich regelt[5]).

„Beweislast" ist gar nicht ein selbständiger Rechtsbegriff[6]), sondern nur der Ausdruck für eine praktische Folge aus anderen Rechtsregeln. Wenn nicht die Voraussetzungen des eingeklagten Anspruchs feststehen, so wird der Kläger abgewiesen und zwar deshalb, weil der Richter nicht den vom Kläger begehrten Schluß auf die Rechtsfolge ziehen kann, nicht etwa, weil der Kläger die Beweislast für die Voraussetzungen trägt. Gerade umgekehrt nennen wir diesen Nachteil, die Schadenstragung im Falle der Unaufgeklärtheit, Beweislast des Klägers. Der Begriff der Beweislast ist also etwas streng an das streitige Rechtsverhältnis angelehntes; deshalb ist es nicht angängig, wie es die Theorien von der Themenverteilung tun, die Beweislast generell regeln zu wollen, nach Grundsätzen, die auf den einzelnen Tatbestand gar keinen Bezug nehmen.

Die Erörterung führt von den oben besprochenen Theorien hinüber zu den Ansichten, die die Verteilung der Beweislast nach dem Aufbau des streitigen Tatbestandes regeln, zu den Theorien der Tatbestandsteilung. Diese Theorien werden dem Aufbau des materiellen Rechts wenigstens im Prinzip gerecht. Doch bleiben viele von ihnen auf halbem Wege stehen. So sagt Wach[7]), daß nur die „causa efficiens" des Beweises von Seiten des Klägers bedürfe, nicht die „conditio sine qua non". Enneccerus[8]) ist der Ansicht, daß der Kläger die Tatsachen beweisen müsse, aus denen normalerweise die Entstehung des Anspruchs zu folgern ist. Nach Dernburg[9]) sind die Tatsachen zu beweisen, welche nach verständigem Ermessen zur Annahme des Bestehens des Rechtes führen.

Diese Ansichten legen es entweder darauf ab, daß der Kläger nur die „wirklich für den Anspruch kausalen" Tatsachen beweisen müsse oder nur die wahrscheinlichen. Aber von Kausalität kann man hier nicht reden, da die Rechtsfolgen vom Gesetz willkürlich an die Geschehnisse der Außenwelt geknüpft sind und außerdem nach dem Gesetz nur eintreten, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale, nicht erst ein Teil, verwirklicht sind.

---

[5]) Vgl. Leonhard, S. 48ff.; Mosbacher, S. 20.
[6]) Fitting, a. a. O., S. 12.
[7]) Wach, a. a. O., S. 388.
[8]) Enneccerus, Lehrbuch I, 1, § 207, II.
[9]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. 1, S. 273.

Soweit es diese Ansichten aber auf die Wahrscheinlichkeit[10]) ablegen, dergestalt, daß der Kläger nur soweit seinen Beweis führen muß, bis der Richter auf das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen auch ohne Beweis schließen kann, verwischen sie die Sätze der Beweislast mit der Beweisführung[11]).

Solange nicht alle Entstehungsvoraussetzungen des eingeklagten Rechts dem Gerichte bewiesen sind, kann der Richter noch nicht den Schluß auf die vom Kläger begehrte Rechtsfolge ziehen, den Schaden muß der Kläger tragen. Im Prinzip sind sich die Theorien der Tatbestandsteilung hierüber einig. Jedoch will eine große Anzahl Schriftsteller[12]) gewisse Tatsachen von den Entstehungsvoraussetzungen abzweigen, indem sie diese nicht als Voraussetzungen, sondern als Hinderungsgründe auffaßt. Jede Partei soll nur die Voraussetzungen derjenigen Normen beweisen, die ihr günstig sind. Es fragt sich jedoch, ob es möglich ist, die Normen in dieser Weise zu trennen. Man versucht dies auf die verschiedenste Art und Weise, etwa, der Kläger habe nur die Regelnormen, der Beklagte die Ausnahmenormen zu beweisen. Es ist aber unmöglich, eine scharfe Bestimmung der Regeln zu finden. Das Gesetz gibt hierüber keine Auskunft, ebensowenig der Satzbau, denn es ist unmöglich, etwa alle Fälle des anormalen Satzbaues auf das Verhältnis von Regel und Ausnahme zurückzuführen.

Man sucht deshalb nach einer mehr sachlichen Unterscheidung zwischen Regel und Ausnahme und führt hierbei den Begriff von „rechtsbegründenden" und „rechtshindernden" Erfordernissen ein. Letztere sollen von Anfang an die Entstehung der Wirkung der rechtsbegründenden Norm hindern, so daß diese ihre Wirkung gar nicht entfalten könne und ihr rechtlicher Erfolg nicht eintrete[13]). Sie müssen also vorhanden sein, bevor der Tatbestand der rechtsbegründenden Norm vollständig verwirklicht ist. Als Hauptfälle der sogenannten rechtshindernden Normen werden genannt: Mangel der Geschäfts- und Deliktsfähigkeit, Simulation, Nichternstlichkeit einer Willenserklärung, Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts als auf eine unmögliche Leistung gerichtet u. a. m.

Der Auffassung vom Bestehen der sogenannten rechtshindernden Tatsachen ist jedoch nicht beizutreten. Die Rechtswirkung ist etwas Gedachtes, nichts Wirkliches. Der Richter kann nur beim Vorliegen bestimmter Tatsachen, zu denen auch die sogenannten „Hinderungsgründe" gehören, an Hand

---

[10]) Hölder, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 73, S. 153; Fischer, im Recht, 1909, S. 103; Gautschi, Beweislast u. Beweiswürdigung bei freiem richterl. Ermessen; Rabel, Umstellung der Beweislast in Rhein. Zeitschr. 1923, S. 436.

[11]) Vgl. Leonhard, S. 100ff.; Rosenberg, S. 76ff.

[12]) Betzinger, S. 47; Rosenberg, S. 121ff.; Stein-Jonas, § 282, IV, S. 743 und Endemann, Lehrbuch, I, S. 484.

[13]) Vgl. Rosenberg, S. 123; Stein-Jonas, § 286, IV.

des Gesetzes den Schluß ziehen, daß der Kläger vom Beklagten etwas zu fordern habe. Das ergibt sich nicht mit Notwendigkeit aus den Tatsachen, sondern nur deshalb, weil es ausdrücklich im Gesetz steht. Den Subsumtionsschluß kann aber der Richter nur ziehen, wenn es das Gesetz ihm erlaubt und dies erlaubt es ihm nur, wenn alle Tatsachen für den Richter feststehen. Solange aber nicht alle Tatsachen feststehen, kann der Richter den Schluß nicht ziehen und die Rechtswirkung ist nicht da. Es ist höchstens ein Teil ihrer Voraussetzungen vorhanden. Wenn der noch fehlende Teil hinzukommt, so tritt die Rechtswirkung ein.

Unseres Erachtens wird die Vollständigkeitstheorie von Leonhard allein dem Gesetze gerecht, welche annimmt, daß der Kläger für alle Voraussetzungen seines Anspruchs, d. h. für alle Tatsachen, die vorliegen müssen, damit die Rechtswirkung des Anspruchs eintreten kann, die Beweislast trägt[14]). Denn begrifflich sind alle Voraussetzungen eines Anspruchs gleich wesentlich. Werden diese nicht genügend aufgeklärt, so trifft den Kläger der Nachteil der Ungewißheit, d. h. die Beweislast. Allerdings ist es nicht unbedingt erforderlich, daß er auch alle für die geltend gemachte Rechtswirkung notwendigen Voraussetzungen behauptet, in gewissen Fällen können manche Behauptungen auch als stillschweigend aufgestellt gelten. Wer z. B. den Abschluß eines Geschäftes behauptet, sagt damit regelmäßig auch, daß die Parteien beim Geschäftsabschluß geschäftsfähig gewesen sind, oder daß es in der vorgeschriebenen Form getätigt worden ist. In diesen Fällen hat der Kläger erst, wenn der Beklagte das Vorliegen der betr. Voraussetzung bezweifelt hat, sich über seine zunächst stillschweigend aufgestellte Behauptung zu erklären. Der Beklagte hat also insofern, wie Leonhard es nennt, eine „Anregungslast"[15]). Dies ändert jedoch grundsätzlich nichts an der Tatsache, daß der Kläger alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen zu beweisen hat und daß ihn allein der Nachteil der Unaufgeklärtheit trifft. Allerdings kann diese Regelung der Beweislastverteilung zuweilen für den Kläger zu großen Härten führen. Diese können jedoch durch eine Verteilung der Beweisführung auf die Parteien ausgeglichen werden. Gelegentlich der Behandlung einzelner, für unsere Arbeit besonders interessierender Fälle wird hierauf des näheren zurückzukommen sein[16]).

Die Vollständigkeitstheorie Leonhards hat den von einer großen Anzahl von Schriftstellern und vor allem auch von der Praxis vertretenen Standpunkt bezüglich der Konstruktion der rechtshindernden Tatsachen mit Recht und wie die Entwickelung der neuesten Zeit lehrt, auch mit Erfolg

---

14) Vgl. Leonhard, S. 124.

15) Vgl. Leonhard, S. 203; Stölzel, Schulung, S. 46; RG. **Gruchot**, Bd. 29, S. 729.

16) Vgl. hierzu Püschel, Betrachtungen zum Werke Franz Leonhards in Jur. Rundsch. Nr. 15/16 aus 1926, S. 609.

bekämpft[17]). Eine eingehende Auseinandersetzung mit den Gegnern Leonhards bezüglich der Bedeutung der rechtshindernden Tatsachen würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen. Es sei daher im einzelnen auf die Ausführungen Leonhards verwiesen[18]).

Unsere Erörterungen sollten die Grundlage bieten für die Beantwortung der von uns eingangs gestellten Frage, welche Bedeutung der Gesetzesvermutung in Beziehung auf die Beweislast zukommt, insbesondere ob sie als Beweislastregel anzusehen ist. Die Beweislastlehre Leonhards gipfelt in dem Satz, daß die Beweislast des Klägers keine allgemeine Ausnahme zuläßt, daß vielmehr der Kläger alle Voraussetzungen seines Anspruchs zu beweisen hat. Demgegenüber muß die gesetzliche Vermutung als eine Ausnahmevorschrift von der allgemeinen Beweislast angesehen werden, denn sie ist eine gesetzliche Regel, wonach beim Beweise einer Tatsache eine andere vorläufig als bewiesen zu gelten hat. Diese Annahme läßt sich durch den Beweis des Gegenteils entkräften. Für die Vermutung ist also bezeichnend, daß sie derjenigen Partei, für die sie streitet, eine günstigere Stellung bei der Verteilung der Beweislast verschaffen soll. Diese Wirkung ist gesetzlich festgelegt durch § 292 ZPO., welcher bestimmt: „Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz etwas anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann durch Eideszuschiebung nach § 445 ff. geführt werden." Aus den Worten „der Beweis des Gegenteils ist zulässig", folgt indirekt, daß die vermutete Tatsache als bewiesen anzusehen ist.

Diese Wirkung der Vermutung auf den Beweis im Prozeß erklärt die Ansicht mancher Schriftsteller[19]), sie als Beweislastregel im Sinne der übrigen im Gesetz festgelegten, formellen Beweislastregeln, wie z. B. § 282, § 345 BGB. u. a. m. zu betrachten. Die formellen Beweislastregeln treffen eine Bestimmung darüber, welche Partei den Beweis für eine rechtserhebliche Tatsache zu führen hat. Zwar bringt auch die Vermutung eine gewisse Verteilung der Beweislast dadurch mit sich, daß die vermutete Tatsache nicht bewiesen zu werden braucht, sondern der Beweis von der begünstigten Partei auf die Gegenpartei abgewälzt wird. Dies ist jedoch bei der Vermutung nur eine Folgeerscheinung, während bei den genannten Beweislastregeln die Beweisverteilung den einzigen und alleinigen Zweck bildet. Im Endergebnis ist zwar die Wirkung der Vermutung mit der Beweislastregel dieselbe.

---

[17]) Vgl. Korsch, Beweislastregeln, S. 9, 40; Kuhn, Beweislast, S. 60f.; Siemsen, Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, 1925, S. 532ff.; Mosbacher, S. 39, 64, 68; Püschel, a. a. O., S. 605—611. Auch das RG. nähert sich diesem Standpunkt, s. RG. 91, S. 44.

[18]) Leonhard, S. 78f.

[19]) Dies tut Beckh, S. 90; vgl. auch Hedemann, S. 143, 252. Ähnlich Otto Fischer, a. a. O., S. 276.

In beiden Fällen wird die eine Partei dadurch begünstigt, die andere dadurch belastet, daß sie mit der Führung des Beweises beschwert ist. Im ganzen betrachtet, wird es daher gleichgültig sein, ob das Gericht nun die Form der Beweislastregel oder die der Vermutung gewählt hat. Lediglich in der Konstruktion zeigt sich ein gewisser Unterschied, indem die Beweislastregel einfach bestimmt, wer zu beweisen hat, während bei der Vermutung angenommen wird, daß ein Beweis, der nach allgemeinen Grundsätzen von einer Partei zu führen war, von dieser bereits geführt sei. Dies hat dann zur notwendigen Folge, daß die andere Partei nunmehr das Gegenteil beweisen muß.

Ein weiterer Unterschied zwischen Beweislastregel und Vermutung besteht darin, daß erstere von der Beweislast wirklich befreit, während gerade dies bei der Vermutung bestritten ist.

Tatsächlich wird von einer Reihe von Schriftstellern der Vermutung dieselbe Wirkung wie der Beweislastregel, nämlich völlige Befreiung von der Beweislast, zuerkannt[20]). Diese Auffassung beruht jedoch auf einer Verkennung der Bedeutung der Vermutung für die Beweislast. Sie kann ihre Erklärung nur darin finden, daß die erwähnten Schriftsteller von anderen Prinzipien hinsichtlich der Lehre von der Beweislast ausgehen und dadurch zu einem Ergebnis kommen, das zum mindesten als ungenau bezeichnet werden muß.

Wie oben ausgeführt, muß die Beweislastverteilung dem Aufbau des materiellen Rechts entsprechen, denn sie ist die Kehrseite des materiellen Rechts. Nur dort, wo das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme von diesem Prinzip macht, kann die Verteilung anders sein. Das Wesen der Vermutung besteht aber darin, daß das Gesetz dem Richter befiehlt, beim Vorliegen einer Tatsache eine andere Tatsache als feststehend anzunehmen. Weder gestaltet die Vermutung den Tatbestand anders, noch bestimmt sie, daß eine Beweislastverteilung eintreten solle, die dem Aufbau des Tatbestandes nicht entspräche.

Nach wie vor muß daher der Vermutungsträger die vermutete Tatsache, sofern sie zu den Voraussetzungen des Anspruchs gehört, behaupten[21]) und grundsätzlich auch beweisen. Kraft der Vermutung ist er aber in der Lage, den Beweis auf doppelte Weise zu führen. Entweder kann er das Hauptthema beweisen, wie etwa bei der Klage aus Eigentum, daß eine Eigentumserwerbstatsache vorliege, oder er kann, was regelmäßig leichter sein wird,

---

[20]) So Fitting, a. a. O., S. 74ff.; Wehli, S. 17; vor allem Beckh, S. 75ff.; O. Fischer, a. a. O., S. 276.

[21]) Hierfür die überwiegend h. m., wie Leonhard, S. 236; Beckh, S. 90; Endemann, Lehrb. I, S. 481[11]; Wach, a. a. O., S. 373ff.; Sattelmacher, S. 78; Hedemann, S. 282ff.; O. Fischer, Recht u. Rechtsschutz, S. 23; a. m. Rosenberg, S. 246; Dänzer, a. a. O., S. 123; Kuhn, S. 105; Plocz, S. 24f.

das sogenannte Hilfsthema, die Voraussetzungen der Vermutung, etwa seinen Besitz an der Sache, dartun. Außer dieser einen Wirkung der Vermutung, hat sie aber auch noch die andere zur Folge, daß sie den Vermutungsträger im Falle des Beweises des Hilfsthemas so stellt, als ob er die Beweislast für die vermutete Tatsache bzw. das vermutete Recht nicht trage. Denn gemäß § 292 ZPO. ist es Sache des Gegners, den Beweis des Gegenteils zu führen. Wenn er diesen Beweis nicht voll geführt hat, muß das Gericht die vermutete Tatsache seiner Entscheidung als feststehend zugrunde legen.

Entscheidend für die Frage, ob dies Ergebnis es rechtfertigt, die Vermutungen insofern als Ausnahmebestimmungen gegenüber der allgemeinen Beweislastlehre zu betrachten, ist, welchen Zeitpunkt man für die Betrachtung der Vermutungswirkung annimmt. Es ist daran festzuhalten, daß der Grundsatz, der Kläger habe alle Entstehungstatsachen seines Anspruchs zu beweisen, keineswegs durch die Vermutung erschüttert wird. Daher richtet sich die Beweislast auch immer noch nach dem Aufbau des Tatbestandes. Es bleibt mithin zunächst das Hauptthema Gegenstand und Endziel des Beweises. Hat jedoch der Vermutungsträger das Hilfsthema erwiesen, so stellt nicht mehr das Hauptthema das eigentliche Beweisthema dar, denn es trifft jetzt den Gegner die Beweislast für das Gegenteil des Hauptthemas. Er trägt den Schaden bei unaufgeklärter Ungewißheit.

Im Ergebnis kommt es darauf hinaus, daß der Gegner tatsächlich die Beweislast für das Gegenteil der vermuteten Tatsache trägt, allerdings nicht sofort, sondern erst, wenn das Hilfsthema erwiesen ist[22]).

Wir kommen also bezüglich der Befreiung des Vermutungsträgers von der Beweislast zu dem Schluß, daß die Beweislast für das vermutete Hauptthema gemäß den allgemeinen Beweislastgrundsätzen zunächst bei dem Vermutungsträger bleibt. Ist ihm aber der Beweis des Hilfsthemas gelungen, so besteht von diesem Augenblick an eine Verbindlichkeit des Vermutungsgegners, die in ihrer Wirkung der Beweislast gleichkommt[23]).

Das hier gewonnene Ergebnis ist auch ein Beweis für die von uns oben vertretene Ansicht, daß die Vermutungen nicht mit den übrigen formellen Beweislastregeln des BGB. identisch sind[24]), ihre Einwirkung auf die Verteilung der Beweislast ist lediglich eine notwendige, durch das Gesetz noch besonders in § 292 ZPO. normierte Folgeerscheinung ihrer Konstruktion, nämlich, den Vermutungsträger in die Lage zu versetzen, entweder Haupt- oder Hilfsthema zu beweisen.

---

[22]) So auch Hedemann, S. 255ff.; R. Schmidt, Lehrbuch, S. 487; Skonietzki-Gelpcke, Komm. z. ZPO., § 293, 3; Leonhard S. 235.

[23]) Vgl. Leonhard, S. 237. Die gegenteilige Ansicht Rosenbergs ist nur aus seinem Beweislastsystem heraus begründet (vgl. Rosenberg, a. a. O., S. 245).

[24]) So Leonhard, S. 233 für die §§ 345, 358, 363, 442, 542, 831ff.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die Vermutung ihre Hauptwirkung auf dem Gebiete der Beweislast äußert, daß sie, wie oben ausgeführt, aber auch in gewisser Hinsicht die Wirkungen der Beweisregeln in sich trägt. Schon dieser Umstand zeigt, daß sie völlig weder den Beweis-, noch den Beweislastregeln zuzurechnen ist[25]).

III.

Die Bedeutung insbesondere der Rechtsvermutungen für die Verteilung der Beweislast.

§ 3.

Entstehung und Begriff der Rechtsvermutung.

Nach dieser grundsätzlichen Erörterung der Einwirkung der Gesetzesvermutungen auf die Beweislast, wenden wir uns nunmehr im einzelnen der Wirkung der Rechtsvermutung auf die Beweislastverteilung im Prozeß zu.

Wie oben bereits erwähnt, hat die neuere Gesetzgebung innerhalb der wirklichen Gesetzesvermutungen zwei scharf auseinanderfallende Unterarten sanktioniert[1]). Das Gesetz kennt zunächst die auch im älteren Recht bereits vorhandene Gruppe von Gesetzesvermutungen, die durch eine Schlußfolgerung von einem gegebenen Tatbestande auf das bestimmte Vorliegen einer anderen Tatsache schließen, z. B. auf die Tatsache des Unterganges eines Fahrzeugs (§ 16 Abs. 2 BGB.) oder auf das Vorhandensein eines Viehmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 484 BGB.). Daneben entstanden im Anschluß an schon früher vereinzelt vorkommende Vermutungen, wie die drei sogenannten plazentinischen Präsumtionen[2]) sowie gewisse Gesetzesvermutungen in den Partikularrechten[3]), nunmehr in näherer Beziehung zu dem System des Rechts gebrachte Gesetzesvermutungen, die eine unmittelbare Schlußfolgerung von einem gegebenen Tatbestande auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtes oder Rechtsverhältnisses vorschrieben.

Im BGB. finden sich Rechtsvermutungen an folgenden Stellen: §§ 891 (1138, 2368[3]), 921, 1006 (1065, 1227), 1362, 1527, 1964, 2365 (1507, 2368[3]).

---

[25]) Zu ähnlichen Ergebnissen kommt auch Kleinfeller, Lehrbuch S. 324.

[1]) Kuttner, Jher. Jahrb., Bd. 61, S. 110.

[2]) Die erste vermutet vom Besitz auf das Eigentum, die zweite ergänzt sie, indem sie vom früheren Eigentum auf das jetzige schließt; die dritte beschränkt die zweite dahin, daß diese nur gelten solle, wenn unrechtmäßiger Besitzverlust nachgewiesen werde (vgl. Hedemann, S. 84).

[3]) Für die geschichtliche Entwicklung der Rechtsvermutung vgl. die eingehenden Ausführungen von Hedemann, S. 44ff.

§ 891 Abs. 1 (1138, 1155) stellt eine Vermutung auf für das Bestehen und Zustehen eines im Grundbuch eingetragenen Rechts, Abs. 2 für das Nichtbestehen eines im Grundbuch gelöschten Rechts. § 921 für die gemeinschaftliche Berechtigung der Grundstücksnachbarn an Grenzeinrichtungen. Eigentum an beweglichen Sachen ist Gegenstand der Vermutungen der §§ 1006, 1362, Nießbrauch wird in § 1065 mit (§ 1006), Pfandrecht in § 1227 (mit § 1006) vermutet. Der § 1527 stellt für die Errungenschaftsgemeinschaft die Vermutung auf, daß das Vermögen beider Ehegatten Gesamtgut sei. Endlich wird Erbrecht vermutet von den §§ 1964, 2365, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft von § 1507 (mit § 2365), die Innehabung des Amts als Testamentsvollstrecker von § 2368 Abs. 3 (mit § 2365). Diese Vermutungen sind sämtlich an einen gewissen gegebenen Tatbestand geknüpft, von dem aus die Schlußfolgerung auf das vermutete Recht zu ziehen ist. So knüpfen z. B. an Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Vermutungen des § 891 an (Eintragung bzw. Löschung im Grundbuch), die Vermutung von § 1964 (Feststellung des Nachlaßgerichts, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei), die Vermutungen der §§ 2365, 1507, 2368 (Erbschein und das Zeugnis des Nachlaßgerichts über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft oder über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers). §§ 1006, 1065, 1227 stellen Vermutungen aus dem Besitz einer beweglichen Sache auf das Eigentum, Nießbrauchsrecht oder Pfandrecht dar. Der besondere Verwendungszweck ist Grundlage der Vermutung des § 1362 Abs. 2, der gemeinsame Erwerb und endlich das Vorhandensein einer dem Vorteil zweier Grundstücke dienende Grenzeinrichtung die Voraussetzung der Vermutungen der §§ 1527 und 921 BGB.[4]).

Gegenstand der Rechtsvermutungen ist also das gegenwärtige Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Eine solche Vermutung hebt sich naturgemäß rein äußerlich von der Tatsachenvermutung ab.

Eine Tatsachenvermutung ist z. B. § 16 Abs. 2 BGB.: „Ist ein Fahrzeug an seinem Bestimmungsort nicht eingetroffen oder in Ermangelung eines festen Reiseziels nicht zurückgekehrt, und es sind 1—3 Jahre (je nach dem Meere) seit der Abfahrt vergangen (Tatbestand T 1), so wird vermutet, daß das Fahrzeug untergegangen sei" (Tatbestand T 2). Der Tatbestand T 1 muß bewiesen werden. Auf Grund dieses bewiesenen Tatbestandes wird dann auf das Vorliegen des vermuteten Tatbestandes T 2 geschlossen. Der Tatbestand T 2, der Schiffsuntergang, ist ein sinnlich wahrnehmbarer Vorgang, eine Tatsache im Rechtssinne. Der Inhalt des § 16 Abs. 2 BGB. ist also: das Schließen von einer Tatsache auf eine andere. Betrachten wir demgegenüber die Konstruktion der Rechtsvermutungen. Offenbar ist ihre

[4]) Vgl. hierzu Rosenberg, S. 255f.

Übereinstimmung mit den Tatsachenvermutungen bezüglich des Tatbestandes T 1, denn es gehört zum Begriffe aller Gesetzesvermutungen, daß sie an gewisse Voraussetzungen geknüpft sind, von denen auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Tatsache oder eines Rechts geschlossen wird. Ein erheblicher Unterschied besteht jedoch bezüglich des vermuteten Tatbestandes T 2. Die Rechtsvermutung schließt, wie schon erwähnt, von einem bestimmten Tatbestand auf das Bestehen eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses. Sie schließt mithin sogleich auf das Ergebnis einer Denkoperation, die sonst ohne das Vorhandensein der Rechtsvermutung vorzunehmen wäre[5]). Wenn man nämlich von einem Recht, z. B. Eigentum spricht, so stellt dies nur das Resultat einer Gedankenoperation dar[6]). Man denkt sich die Rechtsfolge, die auf Grund eines bestimmten Tatbestandes, wie z. B. Einigung und Übergabe, Aneignung, Verarbeitung, Vermischung hervorgerufen wird. Jene in der Außenwelt erkennbaren Tatbestände bilden zusammen mit den an letzteren durch einen Satz des objektiven Rechts geknüpften Rechtswirkungen den sinnlich nicht wahrnehmbaren Begriff, den wir in den angeführten Beispielen Eigentumsrecht nennen. Recht ist also eine Abkürzung für das Vorliegen gewisser rechtserheblicher Tatsachen, die verbunden mit einem Satze des objektiven Rechts zu dem Schlusse führen, daß eine bestimmte Rechtswirkung eingetreten ist[7]). Rechte sind also das Ergebnis einer Denkoperation. Aus dem oben erwähnten Umstand, daß die Rechtsvermutung die sonst erforderliche Denkoperation überflüssig macht, folgt, wie später noch näher auszuführen sein wird[8]), daß die Rechtsvermutung im Unklaren lassen muß über den Entstehungstatbestand des vermuteten Rechts. Diese Tatsache bildet den Ausgangspunkt gewisser Streitfragen bezüglich des Umfanges des durch die Rechtsvermutung als feststehend vermuteten Rechts oder Rechtsverhältnisses. So z. B. ob sie sich nur auf das Entstandensein oder auch auf das Bestehen des Rechts erstrecke, insbesondere auch, welche Tatsachen als Tatbestandsmerkmale des vermuteten Rechts vermutet werden.

Die eigenartige Konstruktion der Rechtsvermutung hat auch Anlaß zu einer anderen Streitfrage gegeben, nämlich ob der Vermutungsträger den Ausgangstatbestand der Rechtsvermutung zu behaupten und, falls bestritten, zu beweisen habe, oder ob er auch das Bestehen bzw. Nichtbestehen des von ihm geltend gemachten Rechtes behaupten müsse.

Bevor wir diese Hauptstreitfragen des näheren erörtern, sei kurz auf die Frage eingegangen, ob die Rechtsvermutungen auch außerhalb des Prozesses Wirkungen hervorrufen.

---

[5]) Vgl. auch Kuttner, a. a. O., S. 120.
[6]) Vgl. Kipp in Festschr. für v. Martitz, S. 211; Stein-Jonas, § 282 IV, 4a.
[7]) Vgl. hierzu: Rosenberg, S. 135.
[8]) Vgl. unten S. 28.

§ 4.

Die Wirkung der Rechtsvermutungen außerhalb des ordentlichen Rechtsstreits.

Hedemann, Foerster-Kann, Stein-Jonas[1]) wollen der Rechtsvermutung nur im Zivilprozeß Bedeutung beimessen, ersterer[2]) sogar nur dann, wenn im Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime gilt. Die genannten Schriftsteller leugnen also sämtlich die Anwendbarkeit der Rechtsvermutungen für die Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit, den Strafrichter und die Verwaltungsbehörden. Demgegenüber betont Kuttner, daß es zu ganz anarchischen Zuständen führen würde, wenn dieselben für und gegen alle geltenden Rechtsnormen nur von den Prozeßgerichten, nicht aber von den übrigen Behörden beachtet und angewendet würden[3]). Die Rechtsvermutungen gehören zu den Rechtsnormen, welche nicht Gebote der Rechtsordnung an den Privatmann, sondern Gebote an alle Staatsorgane enthalten und zwar Gebote an alle Staatsorgane für die Ausübung ihrer staatshoheitlichen Funktionen gegenüber den Rechtsuntertanen, nicht bloß an die Prozeßgerichte.

Die gegen diese Auffassung erhobenen Einwendungen[4]), die Rechtsvermutung stehe ihrem Wesen nach in engstem Zusammenhang mit der nur im Zivilprozeß geltenden Verhandlungsmaxime, sind nur bedingt richtig. Wohl ist zuzugeben, daß die Hauptbedeutung der Rechtsvermutungen auf dem Gebiete des Zivilprozesses liegt, jedoch schließt demgegenüber die außerhalb des Zivilprozesses geltende Untersuchungsmaxime die Anwendung der Vermutungsnormen keineswegs aus[5]). Der Richter, der hier zur Erforschung der Wahrheit verpflichtet ist, soll und kann aber in diesem Verfahren von Amts wegen erforschen, ob das Gegenteil der vermuteten Tatsache ermittelt werden kann. Gelingt dies nicht, so ist er an die Vermutung gebunden. Diese Auffassung wird jetzt besonders auch von Rosenberg[6]) vertreten. So ist die Vermutung auch für das Grundbuchamt bei Vornahme einer Eintragung maßgebend, es hat insbesondere bezüglich des Rechts, das durch eine Ein-

---

[1]) Hedemann, S. 197ff.; Foerster-Kann, § 292, 2; Stein-Jonas, § 292 I.

[2]) Hedemann, S. 159.

[3]) Vgl. Kuttner, a. a. O., S. 118; vgl. hierzu auch Kipp in Festg. für v. Martitz, S. 212—215, 219; Kohler in Arch. f. ziv. Prax, 96, S. 364f.

[4]) Vgl. Warlo, Über die Unterschiede von Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen, S. 101; Sluzewski, S. 20.

[5]) So auch M. Wolff, Sachenrecht, S. 116; ferner Plocz, a. a. O., S. 6, 25, 30.

[6]) Rosenberg, S. 253.

tragung getroffen wird, den als Berechtigter Eingetragenen auch als Berechtigten anzusehen. Die bloße Möglichkeit, die Eintragung sei unrichtig, hat es außer Betracht zu lassen[7]). Auch in der Aufwertungsliteratur ist auf diese Wirkung der Rechtsvermutungen hingewiesen worden. So ist in § 5 Abs. 1 des Aufwertungsgesetzes z. B. eine Rechtsvermutung für den Zeitpunkt des Erwerbs einer Hypothek aufgestellt, an welche der Grundbuchrichter gebunden ist, falls er nicht weiß, oder aus den vorliegenden Urkunden ersehen kann, daß der wahre Erwerbstag ein anderer ist[8]).

Für unsere Auffassung über die Wirkung der Rechtsvermutung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit läßt sich auch ein Urteil des Landgerichts Halle[9]) anführen, das sich dahin ausspricht, daß für das Grundbuchverfahren, wo es keine eigentliche Beweislast gäbe, das Grundbuchamt die Widerlegung der Vermutung nicht den Beteiligten überlassen könne, sondern jedenfalls die Schritte von sich aus unternehmen müsse, wenn ihm Bedenken gegen die Richtigkeit der Vermutung kämen. Es wird daraus der Grundsatz gefolgert, daß die Vermutung des § 5 AwG. wenigstens für das Grundbuchverfahren nur so lange Geltung habe, bis sie erschüttert, nicht bis sie widerlegt werde.

§ 5.

Die Wirkung der Rechtsvermutungen im ordentlichen Rechtsstreit.

Wir haben die genannten Streitfragen dem Rahmen unserer Arbeit entsprechend nur kurz gestreift und wenden uns nunmehr im einzelnen der Bedeutung der Rechtsvermutung für die Verteilung der Beweislast bei den einzelnen Vermutungstatbeständen zu. Grundsätzlich hat jede Partei bei Gefahr des Prozeßverlustes die Tatsachen, die sie als Grundlage für die Entscheidung des Richters berücksichtigt haben will, zu behaupten und zu beweisen. Bezüglich dieser Tatsachen ist der Richter auf das Parteivorbringen angewiesen, an das er auch kraft der Verhandlungsmaxime gebunden ist. Aus den ihm beigebrachten Tatsachen kann er jedoch frei seine Schlüsse ziehen. In diese Tätigkeit greift die Rechtsvermutung ein. Kuttner sagt hierzu sehr treffend, sie schalte unter gewissen Voraussetzungen die richterliche Subsumtionstätigkeit aus, indem sie durch ihren unmittelbaren Sprung zur Bejahung des Bestehens eines Rechtverhältnisses (Eigentumsrecht, Forderungsrecht, Erbrecht) sofort zu einem fertigen Ergebnis führe, wie es sonst erst

[7]) Komm. RGR., 6. Aufl., § 891 Anm. 4; vgl. ferner RG., 20, S. 282, 23, S. 117, 28, S. 92, 35, S. 303; vgl. auch Leonhard, Komm. z. Erbrecht, § 2365 IIIb.

[8]) Vgl. Mügel, Kommentar, 5. Aufl., zu § 5 Abs. 1 Anm. 6, S. 443.

[9]) JW., 1926, S. 2120.

durch den gesetzesanwendenden Syllogismus des Prozeßrichters gewonnen werde[1]).

Die Ansicht R. Schmidts[2]), durch die Vermutung werde dem Gericht die rechtliche Beurteilung nicht entzogen, wie es sich praktisch im Falle des Bestreitens zeige, ist in dieser Formulierung zum mindesten ungenau, da Schmidt lediglich die Widerlegung der Vermutungswirkungen betrachtet. Denn bis zum Bestreiten der Rechtsvermutung durch den Gegner hat der Richter nur die Vermutungsnorm anzuwenden und auf Grund ihrer Voraussetzungen das Bestehen bzw. Nichtbestehen des vermuteten Rechts oder Rechtsverhältnisses seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Diese richterliche Tätigkeit stellt ebenfalls Rechtsanwendung dar[3]). Die von Hedemann, Rosenberg, Kuttner[4]) u. a. vertretene Ansicht, die Rechtsvermutung überhebe den Richter der Rechtsanwendung, bezieht sich nur auf die oben beschriebene Ausschaltung der richterlichen Tätigkeit, die beigebrachten Tatsachen unter die anzuwendenden Rechtsnormen zu subsumieren.

Diese Einwirkung der Rechtsvermutung auf die richterliche Tätigkeit zeigt sich insbesondere auch im Versäumnisverfahren. Im gewöhnlichen Prozeßverfahren bedeutet die Versäumnis des Beklagten nicht die Anerkennung des klägerischen Anspruchs selbst, sondern lediglich die Annahme des Zugeständnisses der zur Begründung des klägerischen Anspruchs vorgebrachten Tatsachen, deren rechtliche Würdigung dem Gericht noch freibleibt[5]). Gerade letztere ändert sich jedoch, wenn ein Vermutungsträger als Kläger in einem Versäumnisverfahren auftritt. Der säumige Beklagte wird zwar auch so behandelt, als ob er den erhobenen Anspruch bestreite, die vom Kläger aufgestellten, tatsächlichen Behauptungen aber nicht bestreite. Eine richterliche Prüfung der vom Kläger aufgestellten, tatsächlichen Behauptungen, wie es § 331 ZPO. zwecks Vermeidung unrichtiger Verurteilungen bei Versäumnis des Beklagten verlangt[6]), verbietet jedoch die oben dargelegte Funktion der Rechtsvermutung.

In ähnlicher Lage befindet sich der Prozeßrichter beim Anerkenntnis des Klageanspruchs durch den Beklagten[7]). Das gerichtliche Anerkenntnis hat die Wirkung, daß das Gericht auf Antrag den Beklagten wegen des anerkannten Anspruchs zu verurteilen hat (§ 307 ZPO.). Es enthebt also das Gericht jeder Rechtsanwendung, d. h. der Subsumierung der vorgebrachten

---

[1]) Vgl. Kuttner, a. a. O., S. 120.
[2]) R. Schmidt, Lehrbuch, S. 470, Anm. 3.
[3]) A. A. Kleinfeller, Lehrbuch, S. 324, Anm. 18.
[4]) Hedemann, S. 305; Rosenberg, S. 259; Kuttner, a. a. O., S. 119ff.
[5]) Vgl. Stein-Jonas, § 331 II.
[6]) Hegler, Anerkenntnis und Verzicht, 1903, S. 244.
[7]) Kuttner, a. a. O., S. 121.

Tatsachen seitens des Richters unter die anzuwendenden Rechtsnormen, aus welchem Grunde es auch überhaupt keiner Feststellung solcher Tatsachen bedarf.

O. Fischer setzt demzufolge auch Anerkenntnis und unwiderlegte Rechtsvermutung völlig gleich[8]). „Der Unterschied beider liege nur darin, daß grundsätzlich eine bei dem Anerkenntnis im allgemeinen ausgeschlossene Reaktion des Vermutungsgegners zur Beseitigung dieser Wirkung führen könne."

Dieselbe Wirkung der Rechtsvermutungen auf die rechtsanwendende Tätigkeit des Prozeßrichters wie im Versäumnisverfahren, zeigt sich auch, wenn im kontradiktorischen Verfahren das vermutete Rechtsverhältnis unbestritten bleibt[9]). Mit der Feststellung der Vermutungsvoraussetzungen, von denen aus dann das Gesetz auf den zu vermutenden Tatbestand schließt, ist jede richterliche Würdigung ausgeschlossen[10]).

Um nun den Richter in die Lage zu versetzen, die Vermutungsnormen anzuwenden, müssen von den Parteien deren Grundlagen, die sogenannte Vermutungsbasis, wie Johannßen sie nennt[11]), beigebracht, d. h. behauptet und bewiesen werden. Wenn z. B. der Besitzer einer beweglichen Sache auf Herausgabe verklagt wird, so hat er in der mündlichen Verhandlung seinen Besitz zu behaupten und zu beweisen. Er bringt damit zum Ausdruck, er werde als Besitzer nach § 1006 als Eigentümer vermutet und sei daher zur Herausgabe nicht verpflichtet. Diese Behauptungs- und Beweislast des Vermutungsträgers für die Voraussetzung der Vermutungsbasis wird von keiner Seite bestritten[12]).

Bezüglich der Frage, ob der Vermutungsträger auch den vermuteten Umstand in den Prozeß einführen müsse oder ob der Beweis der Vermutungsvoraussetzungen genüge, so daß die Anwendung der Vermutungsvorschrift eine Aufgabe des Richters würde, bestehen jedoch gewisse Meinungsverschiedenheiten.

Grundsätzlich sollen allerdings für den Richter nur die Tatsachen existieren, die ihm ausdrücklich genannt sind. Hedemann[13]) vertritt demgemäß die Ansicht, auch der vermutete Tatbestand sei zu behaupten, während Rosen-

[8]) Näheres s. bei O. Fischer, a. a. O., S. 278ff.
[9]) Kuttner, a. a. O., S. 122.
[10]) Vgl. Stein-Jonas, § 292 II, 2.
[11]) Vgl. Johannßen, a. a. O., S. 44f.
[12]) Vgl. Rosenberg, S. 259; ebenso Hedemann, S. 300.
[13]) Hedemann, S. 283ff.; ebenso Beckh, S. 9 a. E.; Fischer, in Recht und Rechtschutz, S. 25; Seuffert, Komm. § 292, 2b; Leonhard, S. 236; Hellwig, Bd. 3, S. 18, Anm. 13; Endemann, Lehrb. I, S. 481, Anm. 11; Wach, a. a. O., S. 373; M. Wolff, Sachenr., S. 116.

berg[14]) die Behauptung der Vermutungsbasis für genügend hält, weil der Richter die Folgerung auf den vermuteten Tatbestand von Amts wegen vornehmen müsse.

Es erübrigt sich jedoch, ausführlicher auf diese Streitfrage einzugehen, denn hinsichtlich der Rechtsvermutung herrscht, was die Behauptungslast des pränumierten Tatbestandes betrifft, fast allgemein Übereinstimmung. So sagt z. B. auch Rosenberg[15]) „die von der Vermutung begünstigte Partei muß wohl das Bestehen oder Nichtbestehen des von ihr geltend gemachten Rechts als Rechtsbehauptung behaupten". Auch Plocz[16]) bezeichnet es im Gegensatz zu seiner Ansicht hinsichtlich der Tatsachenvermutungen als eine Eigentümlichkeit hinsichtlich der Rechtsvermutungen, daß hier der Kläger in der Klage das geltend gemachte Recht in dem Sinne zu behaupten habe, daß aus dem gesamten Inhalt der Klage mit Sicherheit entnommen werden könne, welches Recht von ihm geltend gemacht werde.

Lediglich Dänzer[17]), der sich bezüglich der Tatsachenvermutungen für die Behauptungslast des Vermutungsträgers auch für die vermutete Tatsache ausspricht, behauptet für die Rechtsvermutungen, daß, sobald die Ausgangstatsachen festständen, der in der Rechtsvermutung enthaltene Rechtssatz angewendet werden müsse. Der von Dänzer hierfür als Begründung angeführte Satz „jura novit curia" kann die Bedenken gegen diese Auffassung nicht zerstreuen. Angenommen der Vermutungsträger behauptet und beweist bei einer Klage aus § 1006 seinen Besitz, so hätte nach Dänzer der Richter das vermutete Recht selbst einzuführen. Auf welches Recht soll er aber aus der bloßen Tatsache des Besitzes schließen, denn es besteht im Gesetz neben der Vermutung des Besitzers einer Sache als deren Eigentümer (§ 1006) auch die Vermutung, daß er Nießbraucher (§ 1065 BGB.) oder Pfandgläubiger (§ 1227 BGB.) ist. Schon diese unannehmbare Schlußfolgerung spricht gegen die von Dänzer vertretene Auffassung.

Wir kommen also mit der überwiegend im Schrifttum vertretenen Meinung zu dem Ergebnis, daß der Vermutungsträger auch das vermutete Recht oder Rechtsverhältnis in den Prozeß einzuführen hat.

Ihr widerspricht allerdings der Grundsatz „jura novit curia" denn die Parteien haben zwecks Herbeiführung einer Entscheidung nur Tatsachen in den Prozeß einzuführen und Rechtsausführungen allein dem Richter zu überlassen. Um diesem Grundsatz gerecht zu werden, wäre es mithin erforderlich, das behauptete Recht in die zugrunde liegenden Tatsachen auf-

---

14) Rosenberg, S. 246ff; ebenso Stein-Jonas, § 292 II, 1; Johannßen, S. 56; Kuhn, S. 105; Plocz, S. 24ff.
15) Rosenberg, S. 246.
16) Plocz, a. a. O., S. 39f.
17) Dänzer, a. a. O., S. 125, Anm. 63.

zulösen. Dies hieße aber, wie Hedemann[18]) es ausdrückt, der Partei das Beste ihres Vorteils aus der Vermutung nehmen. Der Vermutungsträger soll nicht nur befreit sein vom Beweise, sondern auch vom detaillierten Behaupten, der das Recht begründenden Tatsachen. Man wird deshalb wohl mit Hedemann[19]) den Grundsatz „**jura novit curia**" durchbrechen müssen und von der Partei nur die Einführung, d. h. Behauptung des vermuteten Rechts verlangen. Hierfür spricht sich auch Kuttner[20]) aus, der a. a. O. ausführt, den Vermutungsträger treffe weder die Last, das vermutete Rechtsverhältnis auf einen bestimmten Entstehungstatbestand zurückzuführen, noch auch die Last, die allgemeine Behauptung der Entstehung des Rechtsverhältnisses in die Behauptung bestimmter rechtserzeugender Einzeltatsachen aufzulösen und zu substanziieren[21]). Auf diesem Standpunkt steht auch die Rechtsprechung des RG.[22])

Die Notwendigkeit der Behauptung des vermuteten Rechts wird ebenfalls von Leonhard betont. Er hebt dies besonders auch für den Erlaß eines Versäumnisurteils hervor. Wenn sich z. B. bei einer Klage aus § 1006 der Kläger in der Klageschrift nur auf seinen Besitz berufe, so könne er kein Versäumnisurteil erwirken. Man könne dem Beklagten nicht zumuten, sich zu überlegen, ob daraus nicht durch Vermutung eine begründete Klage gefolgert werden könne[23]).

Als praktisches Ergebnis unserer Untersuchungen ist also festzustellen, daß der Vermutungsträger im Prozeß sowohl die Vermutungsbasis zu behaupten und zu beweisen hat, daß er aber auch das vermutete Recht oder Rechtsverhältnis zum mindesten behaupten muß. So hat er z. B. bei Geltendmachung des Eigentums an einem Grundstück auf die Eintragung als Eigentümer Bezug zu nehmen, bei Geltendmachung des Erbrechts bedarf es der Beibringung des ihm erteilten Erbscheins, während eine Klage aus Eigentum an beweglichen Sachen durch Behauptung und Beweis des Besitzes sowie die Bezeichnung des beanspruchten Rechts: Eigentum, Pfandrecht oder Nießbrauch genügend begründet wird.

§ 6.

Insbesondere die Widerlegung der Rechtsvermutung.

Unsere bisherigen Ausführungen befaßten sich mit den Wirkungen der noch unbestrittenen Rechtsvermutung. Wesentlich schwieriger wird die Frage, wenn das vermutete Recht oder Rechtsverhältnis im kontradiktorischen Ver-

[18]) Hedemann, S. 287f.
[19]) Hedemann, a. a. O., S. 289.
[20]) Kuttner, S. 140.
[21]) Komm. RGR., 6. Aufl., § 1006, Anm. 3.
[22]) Vgl. insbesondere RG. JW., 1910, S. 390; RG. Gruchot, Bd. 57, S. 989, Bd. 67, S. 320f. und RG. Recht, 16, Nr. 1303.
[23]) Vgl. Leonhard, S. 236.

fahren bestritten wird und von dem Vermutungsgegner widerlegt werden soll. Diese Schwierigkeiten ergeben sich vor allem einmal aus der Ungewißheit, wieweit sich die Widerlegungspflicht des Vermutungsgegners erstreckt, zum anderen daraus, daß die zur Widerlegung der Rechtsvermutung erforderliche Beweisantretung des Vermutungsgegners nach § 292 ZPO. sich nur auf Tatsachen, nicht aber auf Rechtsverhältnisse erstrecken kann[1]). Wenn z. B. gegenüber der Rechtsvermutung des § 1006 BGB. bewiesen ist, daß das Eigentum sich nicht auf die bestrittene Erwerbstatsache zurückführen läßt, genügt dieser Beweis dann auch, dem Richter die Überzeugung beizubringen, das Recht sei gar nicht entstanden oder erloschen? Angenommen, der Besitzer macht nunmehr geltend, er habe die Sache ersitzen wollen oder, er habe zwar unredlich erworben, der Berechtigte habe aber später zugestimmt. Müssen dann auch diese neuen Erwerbstatsachen von dem Vermutungsgegner widerlegt werden?

Der Ausgangspunkt bei Untersuchung dieses Problems ist die Frage, worauf sich überhaupt die Widerlegung der Rechtsvermutungen zu richten hat. Gerade bei der Widerlegung der Rechtsvermutungen zeigen sich Schwierigkeiten, die teils in deren eigenartiger Konstruktion, teils im Mangel einer gesetzlichen Bestimmung betr. die Widerlegbarkeit der Rechtsvermutungen liegen. Daß sie widerlegbar sein müssen, gehört zum Begriff der Vermutungen[2]). Es gilt dies sowohl für die Rechtsvermutungen wie für die Tatsachenvermutungen. Andernfalls haben wir es mit einer Fiktion oder einer sogenannten „Praesumtio juris et de jure" zu tun, bei denen der Gegenbeweis gesetzlich ausgeschlossen ist. Die einzige Stelle, an der das Gesetz von dieser Widerlegbarkeit spricht, ist § 292 ZPO. Das Gesetz berücksichtigt jedoch, wie schon erwähnt, nur die Widerlegbarkeit von Tatsachenvermutungen. Diese bietet weiter auch keine größeren Schwierigkeiten. Der Beweis des Gegenteils richtet sich eben gegen die eine vermutete Tatsache, etwa, daß der vermutete Untergang des Schiffes (§ 16 BGB.) nicht zutreffe. Bezüglich gewisser Streitfragen hinsichtlich der Widerlegung der Rechtsvermutungen ist man zu praktischen Ergebnissen gekommen, die heute überwiegend in Schrifttum und Rechtsprechung anerkannt sind. Wesentlich hierzu beigetragen haben auch die im Zusammenhang hiermit angestellten Untersuchungen, ob und inwiefern ein Unterschied zwischen den Rechtsvermutungen und Tatsachenvermutungen besteht[3]). Für unsere Arbeit, die insbesondere zu der Frage

---

[1]) Vgl. Kuttner, a. a. O., S. 124.

[2]) Vgl. Kuttner, a. a. O., S. 122; Endemann, Lehrb. I, S. 478, Nr. 1; Motive III, S. 153 V, S. 567.

[3]) Plocz, a. a. O., S. 1ff.; O. Fischer, a. a. O., S. 265ff.; Dänzer, Die tatsächlichen Vermutungen; Alfons Warlo, Über die Unterschiede von Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen; Max Goldmann, Über den Unterschied der Vermutung einer Tatsache und der Vermutung eines Rechts.

des Einflusses der Rechtsvermutung auf die Beweislast Stellung nehmen will, sind von praktischem Wert nur die Ergebnisse, die sich auf die Widerlegung der Rechtsvermutungen beziehen.

Was zunächst die gesetzliche Grundlage für die Widerlegung der Rechtsvermutungen angeht, so darf nach dem bisherigen Stand der Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung es als unbestritten gelten, daß § 292 ZPO. die gesetzliche Grundlage auch für die Widerlegung der Rechtsvermutung bietet[4]). Verschieden sind die Ansichten nur hinsichtlich der Frage, wie man ihn anwenden soll.

Eine sehr zahlreich vertretene Ansicht spricht sich für eine entsprechende Anwendung des § 292 ZPO. aus[5]). Manche Schriftsteller treten für eine unmittelbare Anwendung des § 292 ZPO. ein und gelangen bezüglich der Widerlegung zu diesem Ergebnis durch eine Umdeutung oder besser Zurückführung der Rechtsvermutung auf eine Tatsachenvermutung[6]). Sie leugnen also in dieser Hinsicht jeden Unterschied zwischen Rechtsvermutung und Tatsachenvermutung. So sagt z. B. Leonhard[7]) „Die Rechtsvermutung richte sich in Wahrheit nur auf die dahinter stehenden Tatsachen; auf diese sei auch der Gegenbeweis zu richten". Dänzer will gerade aus der Art, wie der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermutung geführt werde, Schlüsse auf deren Konstruktion ziehen. Aus der Tatsache, daß überhaupt ein Gegenbeweis gegen die Rechtsvermutung gegeben sei, folgert er, daß die Rechtsvermutung sich niemals unmittelbar auf ein Recht beziehen könne, denn ein Recht könne niemals Gegenstand einer Beweisantretung sein (§ 446 ZPO.). Der Beweis gegen eine Rechtsvermutung werde durch Einführung von Tatsachen erbracht, die den Tatbestand des vermuteten Rechts ausschlössen. Hieraus folgert Dänzer, daß die Rechtsvermutung nicht auf ein Recht gehe, sondern auf den ganzen, dem Rechte zugrunde liegenden Tatbestand. Der Rechtsbegriff, der in der Rechtsvermutung vorkomme, sei nichts anderes, als eine kurze Bezeichnung für den zugrunde liegenden Tatsachenkomplex[8]).

Der Vertreter der Ansicht, daß die Rechtsvermutung von den Entstehungstatsachen völlig losgelöst sei, kommen im Endergebnis zwar nicht zu der von

---

[4]) Vgl. insbesondere Hedemann, S. 221 f.

[5]) Vgl. Rosenberg, S. 262; ders. in Sachenrecht, S. 394; Kuttner, a. a. O., S. 128; Seuffert zu § 292, Anm. 46; Josef, Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, 14, S. 164; Fischer, a. a. O., S. 277 ff.; Peters, Gruchot 50, S. 148; RG. Gruchot, 57, S. 102.

[6]) Leonhard, S. 238; Dänzer, a. a. O., S. 135; R. Schmidt, Lehrb. I, S. 470; Skonietzki-Gelpcke, § 292, 2; Stein-Jonas, § 292, I, N. 11; Hedemann, S. 221, 297, 316; Siber, in JW., 22, S. 489[13]; vgl. auch Mot. III, S. 155; Protokolle III, S. 49.

[7]) Leonhard, S. 238.

[8]) Ähnlich auch Stein-Jonas § 292, I, Note 11; Behm, Die juristische Konstruktion der Rechtsvermutung, S. 26.

den oben genannten Schriftstellern gezogenen Schlußfolgerung, sie gehen aber mit ihnen bezüglich der Widerlegung dahin einig, daß der Beweis des Gegenteils des vermuteten Rechts nur durch Behauptung und Beweis von Tatsachen geschehen könne[9]). Auch nach Ansicht dieser Schriftsteller hat die Widerlegung der Rechtsvermutung wie die der Tatsachenvermutung durch den Beweis des Gegenteils zu geschehen, der als Hauptbeweis die volle richterliche Überzeugung von der Unwahrheit der vermuteten Tatsache zu begründen habe. Bei der Rechtsvermutung richte er sich gegen die Grundlage, d. h. die Entstehungstatsachen der Rechtsvermutung. Für diesen sog. Beweis des Gegenteils läßt das Gesetz ausdrücklich auch das Mittel der Eideszuschiebung zu (§ 292 ZPO.).

Bei den Tatsachenvermutungen ist die Führung des Beweises des Gegenteils gegenüber den Rechtsvermutungen insofern wesentlich erleichtert, als es zur Widerlegung genügt, das Nichtvorhandensein der vermuteten Tatsache zu beweisen. Anders bei den Rechtsvermutungen. Wie bereits erwähnt, kann ein Recht niemals Gegenstand einer Beweisantretung sein (§ 446 ZPO.). Es muß daher zum Beweise des Nichtbestehens eines Rechts oder Rechtsverhältnisses auf die diesem zugrunde liegenden Tatsachen zurückgegangen werden. Aus dieser Art der Widerlegung der Rechtsvermutung lassen sich u. E. jedoch triftige Gründe dafür herleiten, daß die von Leonhard und Dänzer u. a. vertretene Ansicht, die Rechtsvermutung richte sich in Wahrheit nur auf die dahinterstehende Tatsache, die zutreffende ist. Wenn es auch, solange die Rechtsvermutung unbestritten geblieben ist, so scheint, als ob von der jeder Rechtsvermutung zugrunde liegenden Vermutungsbasis unmittelbar das Recht vermutet würde, so zeigt sich aber gerade bei der Widerlegung, daß diese Vermutung die gesamten für die Entstehung bzw. das Bestehen des Rechts erforderlichen Tatsachen umfassen muß. Auf welche Tatsachen sich im einzelnen der Widerlegungsbeweis zu richten hat, ist allerdings stark bestritten. Es besteht nämlich die Möglichkeit, daß die Widerlegung sich auf alle nur erdenklichen Tatsachen richten kann, die hinter dem vermuteten Rechte stehen und geeignet wären, das vermutete Recht zur Entstehung gelangen und auch weiter bestehen zu lassen oder nur auf alle diejenigen Tatsachen, die bei Entstehung der sogenannten Vermutungsbasis vorhanden waren. Die Frage lautet also, richtet sich der Beweis des Gegenteils auch gegen alle, kurz gesagt, „Bestandsvoraussetzungen" des vermuteten Rechts oder genügt die Widerlegung nur der Entstehungsvoraussetzung.

Bei der großen Bedeutung dieser Frage für die folgenden Untersuchungen sei kurz die Verschiedenheit der Begriffe „Bestands- und Entstehungsvoraussetzungen" klargelegt. Betrachtet man z. B. das Eigentumsrecht. Hierfür kommen so zahlreiche Entstehungstatbestände in Betracht, daß diese am besten

[9]) Vgl. Rosenberg, S. 263 und die dort angeführten Schriftsteller.

in Gruppen zusammengefaßt werden. Zu unterscheiden sind insbesondere zwei Gruppen: Ereignisse (z. B. Tod des Erblassers) und Handlungen. Letztere zerfallen wieder in solche privater Natur, wie Willenserklärungen (Einigung) und rein tatsächliche Handlungen (Aneignung, Vermischung), und endlich solche, die sich aus der Staatsgewalt ableiten, etwa der Zuschlag in der Zwangsversteigerung oder die Enteignung. Neben diesen Entstehungsvoraussetzungen gibt es auch noch solche allgemeiner Art wie Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Ernstlichkeit u. a. Von diesen allgemeinen und besonderen Entstehungsvoraussetzungen müssen immer je nach Lage des Falles bestimmte vorhanden sein.

Hat z. B. die Eigentumsübertragung eines Grundstücks (Einigung und Eintragung im Grundbuch) stattgefunden, war der Erwerber gutgläubig, ferner war sowohl er wie der Veräußerer geschäftsfähig, waren mithin sämtliche für die Entstehung des Rechts notwendigen Voraussetzungen vorhanden, dann muß der Schluß auf das Entstandensein des Rechts gezogen werden[10]).

Falls aber angenommen wird, auch das Bestehen des Rechts werde vermutet, dann kommen noch die sogenannten Bestandsvoraussetzungen hinzu, die dahin wirken, daß nichts vorhanden ist oder war, was das einmal entstandene Recht wieder vernichtet hat, so z. B. Weiterveräußerung, Dereliktion u. a. m. Hinzu müssen ferner noch gerechnet werden für die Fälle, daß das vermutete Recht zunächst wegen Fehlerhaftigkeit irgend einer allgemeinen oder besonderen Entstehungsvoraussetzung nicht zur Entstehung gelangt war, alle später möglichen neuen Entstehungsvoraussetzungen, wie Genehmigung seitens des Berechtigten, Ersitzung usw. Wieweit es gerechtfertigt ist anzunehmen, daß auch das Bestehen des vermuteten Rechts vermutet wird und ob demzufolge der Beweis des Gegenteils auch auf alle Bestandsvoraussetzungen zu richten ist, soll eine Untersuchung der zu den §§ 891 und 1006 BGB. bezüglich ihrer Widerlegung erschienenen Literatur und Rechtsprechung ergeben.

§ 7.

Gesichtspunkte, die für den Umfang des Widerlegungsbeweises maßgebend sein können.

a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte.

Wenig Aufschluß für die Beantwortung unserer Frage gibt der Gesetzeswortlaut der einzelnen im Gesetz normierten Rechtsvermutungen. Betrachten wir z. B. die §§ 891 und 1006. Ersterer lautet: „Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe. Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, daß das

[10]) Vgl. hierzu Spengler, Inhalt und Wirkung der Vermutungen im BGB., S. 23.

Recht nicht bestehe." § 1006 Abs. 1 bestimmt: „Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei".

Der Gesetzeswortlaut spricht u. E. weder für eine Vermutung des Entstandenseins, noch des Bestehens des vermuteten Rechtes. M. Wolff spricht daher auch in früheren Auflagen seines Sachenrechts von einer Ungenauigkeit des Ausdrucks in beiden Paragraphen[1]).

Ebensowenig wie der Wortlaut trägt auch die Geschichte der beiden Paragraphen zur Entscheidung unserer Frage bei. So sagen z.B. die Motive[2]) zu § 826 des ersten Entwurfs, dem jetzigen § 891 BGB.: „Zwar werden nach § 198[3]) nur Tatsachen vermutet, während § 826 sich auf die Rechtsänderung erstreckt, welche durch Tatsachen bewirkt wird. Im Grunde sind es jedoch auch in den Fällen des § 826 die zur Erwerbung oder Aufhebung des Rechts erforderlichen Tatsachen, welche den eigentlichen Gegenstand der Vermutung bilden[4])."

Im ersten Entwurf stellte man sich mithin auf den Standpunkt, die Vermutung aus dem Grundbuch schreibe nicht einen Schluß auf das gegenwärtige Bestehen des eingetragenen Rechtes oder Rechtsverhältnisses vor, sondern vielmehr nur einen Schluß auf den Tatbestand des Erwerbes oder der Aufhebung des eingetragenen Rechts in der Vergangenheit[5]). Vielfach, besonders von M. Wolff wurde diese Ansicht der Motive zur Auslegung des § 891 herangezogen, obwohl § 826 des ersten Entwurfs nicht Gesetz geworden war.

Unmittelbaren Aufschluß darüber, wieweit die Rechtsvermutung sich erstreckt, können auch die Gesetzesmaterialien nicht geben. Sie haben zwar gezeigt, welche Auffassungen in der ersten Kommission bezüglich der Konstruktion der Rechtsvermutungen herrschten, sie haben ferner ein starkes Argument dafür erbracht, daß es durchaus möglich ist, zu sagen, die Rechtsvermutung beziehe sich auf Tatsachen, die zur Erwerbung bzw. Aufhebung eines Rechts erforderlich sind. Zur Auslegung sind die Gesetzesmaterialien aber nur unvollkommen, insbesondere sind die Motive nur bedingt zu gebrauchen.

b) Konstruktion der Rechtsvermutungen.

α) Sie zeigt keine Unterschiede gegenüber der Tatsachenvermutung bezüglich der Beweisfragen.

Es bliebe noch zu untersuchen, ob die Rechtsvermutung vielleicht ihrer Konstruktion nach irgend welchen Aufschluß über den Umfang des vermuteten Rechtes gibt. Es wurde oben schon ausgeführt, daß Rechte begrifflich das

---

[1]) M. Wolff, Sachenrecht, § 44, Anm. 16.
[2]) Motive III, S. 155.
[3]) Jetzt § 292 ZPO.
[4]) Vgl. hierzu auch Planck, § 891, Anm. 1 und 4.
[5]) Vgl. Kuttner, a. a. O., S. 142.

Ergebnis einer Denkoperation darstellen, nämlich den Schluß, daß bei Vorhandensein gewisser rechtserheblicher Tatsachen in Verbindung mit einem Satze des objektiven Rechts eine bestimmte Rechtswirkung eingetreten sei. Bei den Rechtsvermutungen wird dieser Schluß nicht vom Richter gezogen, sondern das Gesetz tut dies bei Vorliegen eines gewissen Tatbestandes, der sogenannten Vermutungsbasis. Diese fällt nicht mit den Entstehungstatsachen des vermuteten Rechtes zusammen. Die Folge hiervon ist, daß die Tatsachen, die zur Entstehung des Rechtes geführt haben, oder das Recht fortbestehen lassen, nicht in Erscheinung treten, wenn nämlich der von der Vermutung Begünstigte sich damit begnügt, die Vermutungsbasis, das sog. Hilfsthema, zu beweisen. Diese Unklarheit über die Entstehungstatsachen läßt naturgemäß die Möglichkeit zu, zu sagen, die Rechtsvermutung umfasse nur einen bestimmten Entstehungstatbestand, bei dessen Widerlegung das ganze vermutete Recht widerlegt sei. Es ist aber auch möglich, anzunehmen, daß außerdem noch sämtliche Bestandsvoraussetzungen von der Rechtsvermutung gedeckt würden und erst mit der Widerlegung dieser sämtlichen Tatsachen das vermutete Recht widerlegt sei. Diese Ansicht wird insbesondere auch von Rosenberg und Kuttner vertreten[6], die demzufolge behaupten, daß hinter der Rechtsvermutung das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses zu vermuten sei. Kuttner führt für seinen Standpunkt auch Billigkeitsgründe an, indem er a. a. O.[7] ausführt, daß ohne diese Annahme der Hauptzweck der Rechtsvermutung nicht zu erreichen sei, denn der durch die Vermutung Geschützte müsse stets unterliegen, wenn er infolge Verlustes eines Beweismittels nicht in der Lage wäre, seinen Rechtserwerb zu beweisen.

Die genannten Schriftsteller ziehen aus der Ungewißheit über die Entstehungstatsachen des vermuteten Rechts auch die Schlußfolgerung, die Rechtsvermutung sei völlig losgelöst von jedem Entstehungsgrunde[8]. Unseres Erachtens besteht aber keine zwingende Notwendigkeit dafür, diesen Schluß zu ziehen, vielmehr erscheint diejenige Meinung, welche auf die für jede Rechtswirkung notwendigen Tatbestände zurückgeht und wegen der Unklarheit bezüglich der Entstehungstatsachen weitfassend sagt, es werden alle hinter der Rechtsvermutung stehenden Tatsachen vermutet, wesentlich genauer. Rosenberg[9]) hält allerdings diese Ansicht aus dem Grunde für unmöglich, weil die Tatsachenvermutung nur Einfluß auf die Beweislast habe, während

[6]) Rosenberg, S. 256f.; Kuttner, a. a. O., S. 149, 163.

[7]) Kuttner, S. 149.

[8]) Vgl. Rosenberg, S. 257; Kuttner, S. 110ff.; ferner noch O. Fischer, a. a. O., S. 277ff.; Josef, a. a. O., S. 176 und Peters, Gruchot, Bd. 50, S. 148.

[9]) Rosenberg, S. 275ff.

die Rechtsvermutung dem Richter auch die Rechtsanwendung abnehme. Der Richter habe also nicht selbständig zu untersuchen, ob z. B. unter den obwaltenden Umständen wirklich Eigentum anzunehmen sei, dieses Eigentumsrecht habe er vielmehr als gegebene Größe hinzunehmen. Jede freie, ihm sonst zustehende Rechtsanwendung sei ausgeschlossen, weil das Gesetz die rechtliche Schlußfolgerung selbst ziehe. Diese Wirkung der Rechtsvermutung auf die rechtsanwendende Tätigkeit des Richters kann von niemand bestritten werden. Aber hiermit wird jedoch nur eine von der Tatsachenvermutung abweichende Wirkung der Rechtsvermutung gekennzeichnet, nämlich daß bei dieser das Vorliegen von Tatsachen vermutet wird, die verbunden mit Sätzen des objektiven Rechts eine Schlußfolgerung auf ein bestimmtes Recht ziehen lassen. Dieser Umstand spricht also nicht gegen die Annahme, daß die Rechtsvermutung sich auf die hinter ihr stehenden Tatsachen beziehe, zudem ist er auch ohne Einfluß auf die bei den Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen entstehenden Beweisfragen, insbesondere die Verteilung der Beweislast[10]). Die einzige Folge ist vielmehr nur, daß der Beweis des Gegenteils umfassender geführt werden muß als bei einer einfachen Tatsachenvermutung und demnach für den Beweisführer sich wesentlich schwieriger gestaltet. Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Rechtsvermutung und Tatsachenvermutung, wie Groh a. a. O. annimmt, wird u. E. hierdurch aber nicht begründet.

Auch die weiterhin von Rosenberg als Unterschied angeführten Gründe, die Rechtsvermutung könne im Gegensatz zur Tatsachenvermutung nicht durch Parteivereinbarung gebildet werden, weil die Einwirkung der Rechtsvermutung auf die rechtsanwendende Tätigkeit des Richters nur durch Gesetz und nicht durch Verträge angeordnet werden könne, ist nicht überzeugend. Denn daß ersteres möglich ist, beweist das Anerkenntnis[11]) eines Rechts, welches offenbar eine Einwirkung der Partei auf die Rechtsanwendung enthält und so dem Richter jede rechtsanwendende Tätigkeit nimmt. Ebenso wie beim Anerkenntnis sich die Rechtsanwendung des Gerichts lediglich auf den Schluß: Anerkenntnis, also Verurteilung, beschränkt, so beschränkt sich bei der Rechtsvermutung die Rechtsanwendung auf den Schluß: Vorhandensein der Vermutungsvoraussetzung, also Bestehen des Rechts. Fischer[12]) setzt daher auch mit Recht die Rechtsvermutung und das Anerkenntnis eines Rechts völlig gleich mit dem einen Unterschied, daß bei der Rechtsvermutung grundsätzlich eine Reaktion des Vermutungsgegners im Gegensatz zum Anerkenntnis zur Beseitigung ihrer Wirkung führen könne.

---

[10]) Leonhard, S. 238; auch Groh, JW., 26, S. 2419 gibt dies zu, hält aber diese Betrachtungsweise für zu einseitig.

[11]) Vgl. O. Fischer, a. a. O., S. 278f.

[12]) Vgl. O. Fischer, S. 278f.

Wenn aber bei dieser Wesensgleichheit der beiden Rechtsinstitute es bei dem einen, dem Anerkenntnis, in der Macht der Parteien steht, die Rechtsanwendung des Richters eben durch das Anerkenntnis auszuschließen, so ist nicht einzusehen, warum dies nicht auch bei der ihrer Konstruktion nach ähnlich gearteten Rechtsvermutung möglich sein soll, die mit ihr verbundenen Rechtswirkungen durch Parteiwillen in Kraft zu setzen. Diese Regelung entspräche u. E. auch einem praktischen Bedürfnis zwecks Erreichung einer gewissen Verkehrssicherheit bzw. zwecks Vereinfachung der Beweisfragen bei Verträgen über größere Vermögen, insbesondere auch bei Vermögensauseinandersetzungen. Leonhard[13]) erwähnt z. B. einen Fall aus dem ehelichen Güterrecht. Nach seiner Ansicht soll es sehr wohl möglich sein, in einem Ehevertrag zu bestimmen, daß alle Bücher als Vorbehaltsgut der Frau angesehen werden sollen. Praktisch erscheint diese Regelung auch im Handelsverkehr, etwa bei Verträgen über das Vermögen von Handelsgesellschaften.

Der von Rosenberg schließlich noch gegen die hier vertretene Auffassung angeführte Grund, die Tatsachenvermutung habe zum Gegenstand nur eine oder mehrere bestimmte Tatsachen, die Rechtsvermutung dagegen könne auf unzählige und verschiedenartigste Rechte gerichtet sein, wie z. B. die Vermutung des § 891, tut ebenfalls nur einen quantitativen, aber keinen qualitativen Unterschied dar[14]).

Wir kommen also aus den angeführten Gründen zu dem Ergebnis, daß die Umdeutung der Rechtsvermutung in eine wenn auch qualifizierte Tatsachenvermutung entgegen der Ansicht Rosenbergs[15]) keineswegs undurchführbar ist[16]). Hiermit soll und kann jedoch nicht behauptet werden, daß beide Vermutungen in jeder Beziehung gleichzusetzen sind. Wir erwähnten z. B. schon die Einwirkung der Rechtsvermutung auf die rechtsanwendende Tätigkeit des Richters, ferner ihre Wirkung auf die begünstigte Partei durch Befreiung von der Substantiierungspflicht. Festgestellt sollte lediglich werden, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen Rechts- und Tatsachenvermutung nicht besteht; vor allem, daß sie hinsichtlich der Beweisfragen sich begrifflich mit der Tatsachenvermutung deckt. Der Beweis des Gegenteils ist somit anstatt wie bei der Tatsachenvermutung gegen eine oder mehrere bestimmte, vermutete Tatsachen, bei der Rechtsvermutung gegen eine, nach dem Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen allerdings noch unbestimmte Anzahl von hinter ihr stehenden Tatsachen zu führen.

---

[13]) Vgl. Leonhard, S. 238; Groh, a. a. O., hält dies für bedenklich, ohne jedoch seinen Standpunkt näher zu begründen.

[14]) Vgl. hierzu R. Schmidt, Lehrb., S. 470.

[15]) Rosenberg, S. 277.

[16]) Ähnlich auch Spengler, a. a. O., der als Inhalt der Rechtsvermutungen die Summe der hinter ihr stehenden Tatsachen in ihrer juristischen Bewertung bezeichnet.

β) Sie erstreckt sich nicht auf die Abwesenheit von Tilgungstatsachen, sondern nur auf Entstehungstatsachen.

Für die nähere Bestimmung der Tatsachen, die von der Rechtsvermutung tatsächlich umfaßt werden, ist u. E. die Beantwortung zweier Fragen von Bedeutung. Einmal, erstreckt sich die Rechtsvermutung außer auf die Entstehungstatsachen des vermuteten Rechts auch auf die Abwesenheit von sogenannten Tilgungstatsachen, d. h. solcher Tatsachen, die das einmal entstandene Recht wieder zum Erlöschen gebracht haben können; zum anderen, umfaßt sie nur die Entstehungstatsachen zur Zeit der Entstehung der Vermutungsbasis oder auch solche nach der Entstehung der Basis, wie etwa Genehmigung des Berechtigten, Ersitzung, Bestätigung eines Grundbucherwerbs usw. Nur insoweit die Rechtsvermutung sich auch auf diese späteren Entstehungstatsachen erstreckt, möchten wir vom Bestehen des vermuteten Rechtes als Gegenstand der Rechtsvermutung sprechen.

Die erste Frage ist für alle Rechtsvermutungen gleichlautend zu beantworten. Sie hängt eng mit den allgemeinen Beweislastproblemen zusammen. Wie wir oben[17]) dargelegt haben, hat die Vermutung die Wirkung, daß sie den Vermutungsträger so stellt, als ob er die Beweislast für die vermutete Tatsache oder das vermutete Recht nicht trage. Diese Wirkung kann aber nur für diejenigen Tatsachen praktisch werden, für die dem Vermutungsträger auch tatsächlich die Beweislast obliegt. Macht jemand, ohne daß eine Rechtsvermutung für ihn streitet, ein Recht geltend, so ist Grundvoraussetzung, daß er diejenigen Tatsachen, die in Verbindung mit einem Rechtssatz die von ihm behauptete Rechtswirkung hervorbringen, behauptet und beweist. Wäre dann über das Bestehen des geltend gemachten Rechtes zu entscheiden, so wäre zu prüfen, ob aus den Behauptungen des Klägers die Entstehung des Rechtes gefolgert werden kann oder ob aus den Behauptungen des Beklagten die gegenteilige Schlußfolgerung sich rechtfertigt. Die Frage, ob der Kläger auch die Abwesenheit der vom Beklagten eingewendeten Tilgungstatsachen zum Beweise des Bestehens seines Rechtes nachzuweisen hat, wird jetzt überwiegend verneint[18]). Es genügt vielmehr für den Kläger der Nachweis aller derjenigen Tatsachen, die den auf die Entstehung des behaupteten Rechtes gerichteten Rechtsbefehl zur Folge haben. Der Schluß auf das Entstehen trägt auch die Anerkennung des Bestehens eines Rechtes in sich, solange nicht Tatsachen behauptet und bewiesen werden, die das Recht

---

[17]) Vgl. oben, S. 13.

[18]) Vgl. Leonhard, S. 140f.; ferner Rosenberg, S. 134ff. und die dort angeführte Literatur.

nicht entstehen oder wieder untergehen ließen und damit zur Anerkennung des Nichtbestehens führen[19]).

Die Frage, wie nun bei Vorliegen einer Rechtsvermutung die Beweislast zu verteilen ist, wenn der Vermutungsträger ein Recht für sich in Anspruch nimmt, läßt sich u. E. nur dahin beantworten, daß dem Vermutungsgegner der Beweis des Gegenteils bezüglich der Entstehungstatsachen des vermuteten Rechtes aufzuerlegen ist, da unbestritten für diese Tatsachen der Vermutungsträger die Beweislast trägt. Ob auch rechtsvernichtende Tatsachen unter diese Vermutungswirkung fallen, kann am praktischen Ergebnis betrachtet, dahingestellt bleiben, da diese auf jeden Fall der Gegner zu beweisen hat, beim Vorhandensein einer Rechtsvermutung also ohnehin schon der Vermutungsgegner, ohne daß es der Vermutungswirkung auf die Beweislast bedürfte. Auch die Frage, ob etwa die von vielen anerkannten, rechtshindernden Tatsachen von der Vermutung umfaßt werden, findet praktisch ihre Lösung dahin, daß der Beweis für diese von ihren Vertretern ebenfalls den Beklagten auferlegt wird. Nach Leonhard fallen sie aber unter die Entstehungsvoraussetzungen und sind danach wie auch die übrigen Entstehungsvoraussetzungen infolge der Vermutungswirkung vom Vermutungsgegner zu beweisen.

Aus den genannten Gründen erscheint es uns praktisch unerheblich, wenn behauptet wird, die Rechtsvermutung richte sich nicht auf das Entstandensein, sondern auf das Bestehen des vermuteten Rechtes[20]). Rosenberg führt selbst a. a. O.[21]) aus, daß der Beweis des Entstandenseins eines Rechtes zugleich die Anerkennung seines Bestehens enthalte, solange nicht eine Gegenwirkung vom Gegner dargetan werde. Bei Vorliegen einer Rechtsvermutung ist dieser Schluß aber doch gewiß ebenso gerechtfertigt. Unseres Erachtens ist das Vermuten des gesamten Entstehungstatbestandes des vermuteten Rechtes für den Vermutungsträger von genügendem, praktischen Wert. Wollte man bei Vorliegen einer Rechtsvermutung für die Anerkennung des Bestehens eines Rechtes wie Rosenberg auch die Abwesenheit aller rechtsvernichtenden und rechtsausschließenden Tatsachen[22]) erfordern, so hätte dies zur Folge, daß der Vermutungsgegner das Vorhandensein solcher Tatsachen zu beweisen hätte. Hierfür trägt er jedoch, wie wir oben dargelegt haben, schon ohnehin die Beweislast. Für das praktische Ergebnis bleibt es mithin gleich, welcher Standpunkt in dieser Frage eingenommen wird. Trotzdem sind wir aus den angegebenen Gründen der Ansicht, daß sich der Standpunkt wohl vertreten läßt, die Rechtsvermutung umfasse nicht not-

---

19) So im Ergebnis übereinstimmend Leonhard, S. 140f.; Rosenberg, S. 136.

20) So Rosenberg, S. 256.

21) Rosenberg, S. 136.

22) Einrede, Rücktritts-Anfechtungsrechte. Vgl. Rosenberg, S. 124.

wendig auch die Abwesenheit der sogenannten Tilgungstatsachen, es genügt vielmehr, wenn nur der gesamte Tatbestand der Rechtsentstehung als vermutet angesehen wird[23]).

Die im folgenden Abschnitt angestellten Untersuchungen der Frage, ob das Bestehen oder nur das Entstandensein des vermuteten Rechtes Gegenstand einer Rechtsvermutung ist, werden sich daher auf die Frage des Vermutens der Abwesenheit von Tilgungstatsachen nicht mehr erstrecken, vielmehr wird bei den einzelnen Rechtsvermutungen geprüft werden, welche Voraussetzungen der Rechtsentstehung von dem Vermutungstatbestand gedeckt wird. Nur insoweit er sich auch auf alle späteren Entstehungsgründe erstreckt, werden wir das Bestehen, verneinendenfalls das Entstehen des vermuteten Rechtes als Gegenstand der Rechtsvermutung bezeichnen.

c) Stärke der Vermutungsbasis. Zweckmäßigkeits- und Wahrscheinlichkeitsfragen.

α) Die Rechtsvermutung des § 891 BGB.

Bei § 891 war die Frage, ob auch spätere Entstehungstatsachen von der Vermutung umfaßt werden, sehr bestritten. So vertrat das RG.[24]) in einer früheren Entscheidung den Standpunkt, daß nur das ursprüngliche Entstandensein des Rechtes als vorläufig bewiesen anzusehen sei, nicht aber auch spätere Entstehungsgründe.

Bei diesem für die Anwendung und Bedeutung des § 891 sehr lehrreichen Fall handelte es sich darum: Für jemand ist im Grundbuch eine Hypothek für eine Darlehensforderung eingetragen, das Darlehen aber erst nach der Eintragung im Grundbuch oder nach Aushändigung des Hypothekenbriefs bezahlt worden. Nach der Vermutung des § 891 in Verbindung mit § 1138 BGB. steht dem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger die Forderung in der angegebenen Höhe zu. Der Kläger muß somit nur auf den Grundbucheintrag hinweisen, dann streitet für ihn die Vermutung, daß er der Hypothekengläubiger sei.

Als das Darlehen eingeklagt werden soll, weist die Gegenpartei nach, die Eintragung sei damals zu Unrecht geschehen, da sie zur fraglichen Zeit kein Darlehen erhalten habe.

Das RG. vertrat damals in der angeführten Entscheidung den Standpunkt, daß die Rechtsvermutung des § 891 durch diesen Beweis des Vermutungsgegners bereits widerlegt sei. Wäre dies richtig, so würde der Vermutungsträger, in diesem Falle der Hypothekengläubiger, dem Darlehens-

---

[23]) Leonhard, S. 238.
[24]) RG., 49, S. 8ff.

schuldner gegenüber in eine wesentlich schwächere Stellung geraten, indem er nunmehr gezwungen würde, zur erfolgreichen Durchführung seiner Hypothekenklage nachzuweisen, daß seine zur Sicherung des Darlehens gestellte Hypothek zwar nicht am Tage der Eintragung der Hypothek im Grundbuch, wohl aber einige Zeit später durch die erst dann erfolgte Hingabe des Darlehens entstanden sei. Dies Ergebnis entspräche jedoch keineswegs dem praktischen Bedürfnis und der Sicherheit des Hypothekenverkehrs. Bei der Annahme, daß schon mit dem Nachweis der materiell unrichtigen Eintragung die Rechtsvermutung des § 891 widerlegt sei, würde diese Vermutung für die meisten Fälle ausgeschaltet. Diese Ansicht wird daher heute fast allgemein abgelehnt[25]). Nicht die von der Vermutung geschützte Partei, hier der Hypothekengläubiger, muß beweisen, daß nachträglich das Darlehen bezahlt worden ist, vielmehr ist dem Grundstückseigentümer auch weiterhin der Beweis dafür aufzuerlegen, daß das Darlehen nicht nachträglich gegeben und damit auch die Hypothekenforderung nicht nachträglich entstanden ist[26]). Kuttner[27]), im Endergebnis der gleichen Ansicht, meint hierzu, die aus dem Grundbucheintrag sich ergebende Rechtsvermutung (§§ 1138, 891 BGB.) streite nicht für die Entstehung der Forderung zur Zeit ihrer Eintragung, sondern allein für ihren gegenwärtigen Bestand. Es gehöre daher zur Widerlegung dieser Vermutung, daß auch ihr Nichtbestehen auf Grund des vom Hypothekengläubiger geltend gemachten, nachträglichen Entstehungsgrunde zur Gewißheit gemacht werde.

Der von Kuttner herangezogene § 1138 BGB. kann jedoch keine Begründung seiner im Endergebnis zutreffenden Ansicht geben, denn § 1138 besagt nur, daß auch die persönliche Forderung bestehe. Diese Vermutung entsteht aber bereits mit der Eintragung ins Grundbuch oder mit der seitens des Eigentümers an den Gläubiger erfolgten Übergabe des Hypothekenbriefs (§§ 1117 Abs. 1., 1163 Abs. 2 BGB.). Wenn nun aber der Gläubiger selbst zugibt, daß er zur Zeit der Eintragung das Darlehen noch nicht gegeben habe, so wäre hiernach die Vermutung des § 1138 widerlegt und der Gläubiger müßte nun auch selbst beweisen, daß er die Auszahlung des Geldes später bewirkt habe. Dieses Ergebnis sollte aber gerade vermieden werden.

Das Reichsgericht hat in späteren Entscheidungen auch den hier vertretenen Standpunkt eingenommen[28]). In einer der angeführten Entschei-

---

[25]) Hedemann, S. 268ff.; Planck, Sachenrecht, S. 213, 871; Josef, Bayr. Zentralbl. f. Rechtspfl., Bd. 11, S. 329ff.

[26]) Vgl. jetzt auch Martin Wolff, a. a. O., S. 56, 471; vgl. auch Bollenbeck, Vorausquittung bei Hypothekendarlehen in der Zeitschr. des Deutschen Not. Ver., 10. Jahrg., S. 667f.

[27]) Kuttner, S. 160ff.

[28]) RG., 57, S. 322; RG. Warn., 09, S. 358; RG., 98, S. 126; RG. in Bl. f. F. G., Bd. 8, S. 41 u. a. a. O., Bd. 10, S. 296.

dungen[29]), einem gleich gelagerten Fall wie dem oben besprochenen, hatte der Hypothekengläubiger noch behauptet, die Hypothek habe nach der Vereinbarung zur Sicherung für die künftig erwachsenden Forderungen dienen sollen und er habe nachträglich das Darlehen gezahlt. Das Reichsgericht führt hierzu aus, daß mit Rücksicht auf diese zugefügte Behauptung der Eigentümer durch jenes Zugeständnis des beklagten Hypothekengläubigers keineswegs von der Beweispflicht für ein Nichtbestehen der durch die Hypothek gesicherten Forderung befreit werde, denn es sei rechtlich zulässig, daß zwischen dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger vereinbart werde, daß künftige Forderungen mit dem Augenblick ihrer Entstehung als durch die voraus eingetragene Hypothek gesichert gelten sollten. Der Eigentümer müsse daher, um seiner Beweispflicht zu genügen, dartun, daß eine Forderung nach der Hypothekeneintragung nicht entstanden sei[30]).

Für die so und ähnlich gelagerten Fälle entspricht die vom RG. vertretene Auffassung unbedingt dem Interesse des Hypothekenverkehrs. So pflegen z. B. gerade Banken und Kreditanstalten meist das Darlehen erst nach der Eintragung im Grundbuch bzw. Aushändigung des Hypothekenbriefs auszuzahlen[31]). Es ist daher wohl allgemein die Annahme zutreffend, daß der Darlehensgeber nur gegen die ihm zugesagte Sicherheit des Darlehen geben will. Die Einigung der Beteiligten kommt folglich darauf hinaus, daß die Eintragung für eine künftige Forderung erfolgen solle, die mit dem Augenblick der Entstehung, nämlich der Auszahlung des Darlehens, als durch die im voraus eingetragene Hypothek gesichert gelten soll. Die Tatsache, daß das Darlehen zur Zeit der Eintragungsbewilligung noch nicht bezahlt war, schließt somit die wirksame, nachträgliche Entstehung des Gläubigerrechts keineswegs aus[32]).

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Rechtsvermutung des § 891 BGB. sowohl die ursprünglichen als auch die späteren Entstehungsgründe des vermuteten Rechts umfaßt. Dies gilt nicht nur für den oben erläuterten Fall, sondern allgemein und ist, auch allgemein in Schrifttum und Rechtsprechung anerkannt[33]).

Dieses Ergebnis erscheint unbedingt zweckmäßig und der Billigkeit entsprechend. Ist ein Recht einmal im Grundbuch eingetragen, und besteht dieser Eintrag noch zu einer Zeit, wo das eingetragene Recht bestritten wird,

---

[29]) RG. Bl. f. F. G., Bd. 10, S. 296.

[30]) Ein ähnlicher Fall RG. JW., 1922, S. 489[13].

[31]) Vgl. RG. JW., 02, S. 122, Nr. 14; JW., 06, S. 18, Nr. 17; ferner Güthe, Komm. zur GBO., § 19, Nr. 89.

[32]) Vgl. Josef, Zentralbl. f. F. G. u. Notariat, Bd. 14, S. 102.

[33]) Vgl. hierzu M. Wolff, a. a. O., S. 56, 116, 471; ferner Leonhard zu § 891; Kuttner, S. 141 ff.; Fischer, S. 283; Rosenberg, S. 263 f.; ders. Komm. zum Sachenr., S. 395; ferner RG. in Zeitschr. f. F. G., Bd. 13, S. 145; RG. Gruchot, Bd. 57, S. 989.

so spricht in hohem Maße die Wahrscheinlichkeit dafür, daß das eingetragene Recht noch besteht. Dies rechtfertigt sich insbesondere auch aus dem Gesichtspunkte, daß jede Veränderung eines eingetragenen Rechts, wie Weiterveräußerung, Dereliktion usw. im Grundbuch in Erscheinung zu treten pflegt. Der Grundbucheintrag erscheint daher im besonderen Maße als Kenntlichkeitsfaktor für das Bestehen eines Rechtes geeignet. Hinzu kommt noch, daß dies Ergebnis bei § 891 BGB. auch der Billigkeit entspricht.

Die Widerlegung der Rechtsvermutung des § 891 hat sich also nicht nur auf diejenigen Tatsachen, durch die das vermutete Recht ursprünglich entstanden sein soll, zu richten, sondern auch darauf, daß das vermutete Recht jetzt, d. h. bei der letzten, mündlichen Tatsachenbehandlung besteht[34]) oder nicht mehr besteht. Auf welche der genannten Voraussetzungen der Beweis des Gegenteils zu richten ist, entscheidet sich nach Lage des einzelnen Falles. Zunächst hat sich die Widerlegung nur darauf zu richten, daß das eingetragene Recht bei der Eintragung nicht entstanden sei. Wenn jedoch der Vermutungsträger, wie in dem von uns oben angeführten Beispiel, behauptet, daß die Entstehung des Rechts der Eintragung gefolgt sei, so muß der Vermutungsgegner auch diese Behauptung widerlegen. Dies gilt auch für alle anderen Entstehungs- und Aufhebungsgründe, die eine Rechtsvermutung aus § 891 begründen könnten.

Bezüglich der Widerlegung stimmen auch die Anhänger der Meinung, die Rechtsvermutung sei losgelöst, von jedem Entstehungstatbestand, mit den hier dargelegten Grundsätzen überein[35]). Ein Zeichen dafür, daß, rein praktisch betrachtet, dieser Streitfrage eine besondere Bedeutung nicht zukommt.

β) Die Rechtsvermutung des § 1006 BGB.

Das Gegenstück der Vermutungswirkungen des Grundbuchs findet sich im Fahrnisrecht in der Vermutungswirkung des Besitzes. Beide wurzeln in den entsprechenden Wirkungen der Gewere des alten deutschen und mittelalterlichen Rechts. Nach der historischen Entwickelung ist der Besitz als Ausgangspunkt der Rechtsvermutungen anzusehen[36]). Er ist entstanden aus einer Fortbildung und Vermischung der germanischen Gewere und dem Begriff der römischen possessio. Ersterer stellt eine echte, tatsächliche Sachherrschaft dar[37]) an beweglichen Sachen, wer diese in Gewahrsam hatte, an Grundstücken, wer sie nutzte und an Rechten, wer sie ausübte.

---

[34]) Vgl. oben, S. 57b.

[35]) Vgl. Rosenberg, S. 262 und die dort angeführten Schriftsteller.

[36]) Vgl. auch Endemann, Erbrecht, S. 1116ff.

[37]) Vgl. Brunner, Grundzüge des deutschen Privatrechts und der deutschen Rechtsgeschichte, S. 195[1].

Im Gegensatz zum römischen Recht maß man im deutschen Recht dem Besitz auch eine besondere Bedeutung für die Ersichtlichmachung dinglicher Rechte bei. Das deutsche Recht steigerte ein zwischen zwei Personen bestehendes Rechtsverhältnis erst zu einem absoluten, d. h. gegen jeden Dritten wirksamen, wenn die Sachherrschaft offenkundig wurde durch Herrschaftsausübung. Die tatsächliche Sachherrschaft, die Gewere, bedeutete also im deutschen Recht ein Mittel für den Besitzenden, ein Recht zum Besitze kundzutun[38]). Das BGB. hat diese deutsch-rechtlichen Gedanken übernommen und weiter gebildet[39]). Im Grundstücksrecht hat der Grundbucheintrag die Funktion des Besitzes übernommen, lediglich im Fahrnisrecht hat der Besitz seine Kraft, Sachenrechte darzustellen, noch behalten. Kann nun der Besitz auch im BGB. noch in demselben Maße als Kenntlichkeitsfaktor des Besitzrechtes und zwar des gegenwärtigen Besitzrechtes ähnlich dem Grundbucheintrag dienen?

§ 1006 bestimmt, daß zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet werde, daß er Eigentümer der Sache sei. Der Wortlaut läßt ebenso wie § 891 beide Möglichkeiten, die Vermutung des Bestehens wie des Entstandenseins des Eigentumsrechts für den Vermutungsbegünstigten offen. Wolff[40]) spricht daher für § 1006 von einer Ungenauigkeit des Ausdrucks. Der Wortlaut ist jedoch für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift nicht allein entscheidend. Aber auch andere Momente, die zur Auslegung herangezogen werden könnten, geben ebensowenig einen Anhaltspunkt für die Beantwortung unserer Frage, wie dies bei § 891 der Fall war. Es hat daher das dort bezüglich der Gesetzesmaterialien und rechtlicher Konstruktion der Rechtsvermutungen Ausgeführte auch für § 1006 zu gelten. Das Fehlen eines bestimmten Kriteriums hat naturgemäß zur Folge, daß die Ansichten über den Umfang der Rechtsvermutungen stark voneinander abweichen, zumal wenn das gewonnene Ergebnis auf Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen beruht. Hinsichtlich des § 1006 spricht sich die Mehrzahl der Schriftsteller[41]), wie auch die höchstrichterliche Rechtsprechung[42]) dafür aus, der Vermutungsgegner habe hier lediglich nachzuweisen, daß die begünstigte Partei nicht nur den Besitz ohne Recht erworben habe, sondern auch, daß hinter dem Besitz gegenwärtig kein Recht stehe, insbesondere also daß das Recht zum Besitz nicht

---

[38]) Vgl. auch Gierke, Genossenschaftsrecht, II, S. 137.

[39]) M. Wolff, a. a. O., § 5, S. 14.

[40]) M. Wolff, a. a. O., § 44, Anm. 16.

[41]) Rosenberg, S. 256; Kuttner, S. 149f.; Staudinger, § 1006; Neumann, § 1006 I und II; Endemann, a. a. O., S. 1118.

[42]) RG. Gruchot 67, S. 319; Seuff. Arch., 78, S. 238; RG., 99, S. 153; RG., 109, S. 67; RG. JW., 23, S. 229; RG. L. Z., 24, S. 636; RG. Recht, 25, Nr. 243.

nachträglich entstanden sei. Meist wird dieser Standpunkt als der Billigkeit entsprechend bezeichnet, da der dem Vermutungsträger durch § 1006 gewährte Schutz sonst illusorisch würde[43]).

Von verschiedenen Seiten ist jedoch auf gewisse Fälle hingewiesen worden, denen gegenüber der oben dargelegte Standpunkt unbedingt als unbillig erscheinen muß. Wolff sagt z. B., wenn diese Ansicht richtig wäre, werde für den Fall, daß ein Entleiher behaupte, die Sache sei ihm nachträglich durch brevi manu traditio geschenkt worden oder wenn jemand bösgläubig von einem Depositar erworben habe und behauptet, der Deponent habe nachträglich dem Erwerbe zugestimmt, der Vermutungsgegner das Gegenteil dieser Behauptung zu beweisen haben. Wolff[44]) ist daher der Ansicht, der Sinn des Gesetzes könne nur der sein, daß der Besitzer beim Besitzerwerb das Eigentumsrecht erworben habe. Hiergegen habe sich allein der Gegenbeweis zu richten. Dieser Standpunkt ist in neuerer Zeit auch von einer Reihe anderer Schriftsteller vertreten worden[45]).

Zur Begründung seiner Ansicht führt Wolff § 1006 Abs. 1 Satz 2 an, der bestimmt, daß die Vermutung in Ansehung abhanden gekommener Sachen wegfällt. Wenn die von der h. M. vertretene Ansicht richtig wäre, so würde derjenige, der unredlich vom Depositar erworben habe, gegenüber der Eigentumsklage des Deponenten (§ 985 BGB.) günstiger dastehen, als wer redlich eine dem Eigentümer gestohlene Sache erworben habe. Die Konsequenz der herrschenden Ansicht führt also für diese Fälle zu einem sehr unbilligen Ergebnis. Hinzu kommt noch die bereits erwähnte Unbilligkeit, die für den Vermutungsgegner in der Erschwerung der ihm obliegenden Widerlegungspflicht liegt. Dieses Moment ist neuerdings besonders wieder von Leonhard betont worden. Es ist ihm darin beizupflichten, daß bei den erwähnten Fällen gleichsfalls die Erfordernisse der Billigkeit beachtet werden müssen. Ihrem Wesen nach ist die Rechtsvermutung dazu bestimmt, gewisse Härten in der Beweislastverteilung auszugleichen. Sie soll deshalb bei Vorliegen eines ein bestimmtes Recht wahrscheinlich machenden Tatbestandes denjenigen, der einen solchen Tatbestand nachweist, von dem Beweis des hierdurch wahrscheinlich gemachten Rechtes vorläufig, d. h. bis zum Beweise des Gegenteils entheben. Wenn also jemand im Falle des § 1006 den Besitz an einer Sache dartut, so ist ihm der Nachweis des Eigentums an der Sache vorläufig erspart, da der Besitz eine Grundlage dafür bietet, die ein Recht des Besitzers an der Sache wahrscheinlich macht. Nimmt man nun mit Wolff und Leonhard an, es werde lediglich vermutet, der Vermutungsbegünstigte habe das Eigentumsrecht bei seinem Besitzerwerb erworben, so würde der Vermutungs-

[43]) So z. B. Kuttner, a. a. O. sowie die in Anm. 2 angeführten Entscheidungen.
[44]) Vgl. Wolff, a. a. O., § 32.
[45]) Planck, Sachenrecht, § 1006, S. 526; Mosbacher, a. a. O., S. 103; Leonhard, zu § 1006, S. 393; ebenso OLG., Bd. 36, S. 158.

begünstigte in der Tat einen großen Teil der ihm durch die Rechtsvermutung des § 1006 gewährten Vorteile verlieren, denn nunmehr wäre es seine Sache, den Nachweis für alle späteren Entstehungsmöglichkeiten des von ihm behaupteten Rechts zu führen. Umgekehrt hätte die Annahme, die Rechtsvermutung des § 1006 umfasse auch die späteren Entstehungsgründe, zur Folge, daß das Gericht bis zum Beweise des Gegenteils durch den Vermutungsgegner das gegenwärtige Bestehen des vermuteten Rechtes als vorläufig bewiesen anzunehmen hätte. Beide Ansichten sind möglich. Wenn aber eine Entscheidung nach Billigkeitsgründen getroffen werden muß, so erscheint es unbedingt angebracht, derjenigen Partei entgegenzukommen, bei der die Auswirkung der Beweislast am unbilligsten erscheint und bei der ein Ausgleich der Härten der Beweisbelastung durch Anwendung der Beweiswürdigung und Beweisführung angängig ist. U. E. muß also der dem Vermutungsgegner obliegende Beweis des Gegenteils auf die Entstehungstatsachen des vermuteten Rechtes beschränkt werden und zwar dergestalt, daß der Vermutungsträger für die etwa behaupteten späteren Entstehungstatsachen (wie Genehmigung, Ersitzung) selbst die Beweislast trägt. Es kann hier nicht allein eine Milderung der Widerlegungspflicht durch Auferlegung der Beweisführung auf den Vermutungsträger genügen. So hat z. B. das RG.[46]) in einer neueren Entscheidung die Auffassung vertreten, daß der Tatrichter im Falle des § 1006 die vom Besitzer zum Nachweis seines Eigentums aufgestellten Behauptungen durch den Vermutungsgegner nach Lage der Sache als genügend widerlegt ansehen kann und nunmehr den Nachweis des Eigentums vom Vermutungsträger erfordern könne.

Diese Entscheidung spricht also aus, daß trotz Auferlegung der vollen Beweislast für das Nichtbestehen des vermuteten Eigentumsrechts auf den Vermutungsgegner der Richter kraft seines Beweiswürdigungsrechtes diesen Nachweis als geführt ansehen und dem Vermutungsträger den Beweis des Eigentums auferlegen kann. Es steht also in der Macht des Richters, dem Vermutungsgegner die Schwierigkeiten seines sehr weitgehenden Widerlegungsbeweises zu erleichtern, indem er bei hinreichender Überzeugung von dem Nichtrecht des Vermutungsbegünstigten diesem den Nachweis für sein Eigentumsrecht aufbürdet[47]).

[46]) RG. in JW., 23, S. 229.

[47]) Auch in anderen Fällen will das RG. mit Beweisführungsregeln helfen. So z. B. im RG. v. 18. 3. 24, VII, 340/23 und v. 1. 4. 24, VII, 376/23 zit. in Komm. RGR., 6. Aufl. 1928, zu § 985, Anm. 6. Es spricht hier in dem Falle des Nachweises durch den Kläger, daß der Beklagte nur Fremdbesitz erlangt habe oder daß er nachträglich Fremdbesitzer geworden sei, von einer Vermutung für die Fortdauer des Fremdbesitzes (gemeint ist hiermit jedenfalls keine Rechtsvermutung, sondern nur eine Wahrscheinlichkeitsregel). Der Beklagte soll in diesem Falle anderweitigen Eigentumserwerb selbst nachweisen. Vgl. ferner RG. LZ., 24, S. 636 u. RG. Warn., 26, Nr. 47.

Mit dieser Anwendung von Beweisführungsregeln erscheint u. E. aber trotzdem keine genügende Gewähr dafür geboten, den Vermutungsgegner vor unbilliger Beschwerung seiner Beweislast zu schützen, denn es wird ihm in den von Wolff und Leonhard angeführten Fällen höchst selten gelingen, den Nachweis von dem Nichtrecht des Besitzers in einem den Richter voll überzeugenden Maße zu führen. Gelingt ihm dies nicht, so wird er, als Beweisbelasteter, gegenüber dem durch die Eigentumsvermutung begünstigten Besitzer stets der unterliegende Teil sein.

Dieser weitgehende Umfang der Rechtsvermutung des § 1006 findet u. E. in dem Besitz keine hinreichende Grundlage. Wohl ist der Besitz als Ausgangspunkt der Rechtsvermutungen anzusehen. Ob er aber auch noch im BGB. in dem Maße als Kenntlichkeitsfaktor eines Rechtes angesehen werden kann, wie im mittelalterlichen deutschen Recht, erscheint sehr zweifelhaft. Daß Besitz und das entsprechende Sachenrecht keineswegs unbedingt zusammenfallen müssen, beweist das durch das BGB. eingeführte Besitzkonstitut, wodurch das Eigentumsrecht ohne Verschaffung des Besitzes übertragen werden kann. Auch Wolff[48]) weist darauf hin, daß der Besitz im modernen Recht nur noch ein höchst unvollkommenes Mittel sei, das Besitzrecht des Besitzenden kund zu tun, insofern nämlich Publizitätswirkungen an dem unersichtlichen, mittelbaren Besitz geknüpft würden.

Es erscheint daher nicht unberechtigt, die an den Besitz geknüpften Vermutungswirkungen als schwächer anzusehen, als bei gewissen, anderen Vermutungstatbeständen, etwa dem Grundbucheintrag.

Aus den angeführten Gründen kommen wir zu dem Ergebnis, daß der Sinn der Rechtsvermutung des § 1006 nur der sein kann, der Vermutungsbegünstigte habe zur Zeit der Entstehung der Vermutungsbasis bei seinem Besitzerwerb das vermutete Recht erworben. Alle späteren Entstehungsmöglichkeiten seines Rechts hat der Besitzer selbst zu behaupten und zu beweisen. Hiermit ist auch der Hauptzweck der Rechtsvermutung des § 1006 Satz 1 erfüllt, nämlich Schutz des gegenwärtigen Besitzers, der den Beweis seines Eigentumserwerbes nicht mehr führen kann[49]), da z. B. der Veräußerer inzwischen gestorben ist oder er sich der zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte nicht mehr erinnert. In diesem Falle müßte er gegenüber dem Vermutungsgegner unterliegen, wenn dieser seinen irgend wann einmal stattgefundenen Eigentumserwerb nachweisen könnte[50]).

Die Einwendung, daß hierdurch der Schutz der Rechtsvermutung für den Vermutungsträger illusorisch würde, ist zwar nicht ganz unberechtigt, diese Unbilligkeit kann aber durch Anwendung von Beweiswürdigung und

---

[48]) M. Wolff, S. 14, § 4, Anm. 13.
[49]) Prot. III, S. 382.
[50]) Vgl. Staudinger, § 1006, Anm. I, 1, a.

Beweisführung in angemessener Weise wieder ausgeglichen werden. Wolff weist zur Behebung der durch die vorgeschlagene Beweislastverteilung sich ergebenden Härten darauf hin, für den Fall, daß die Vermutung des § 1006 nicht widerlegt werde, stehe nicht nur der Eigentumserwerb des Besitzers fest, sondern es werde auch der Fortbestand seines Eigentums bis zur Widerlegung durch den Gegner vermutet, da entstandene Rechte als fortbestehend vermutet würden. Wolff spricht hier anscheinend von einer allgemeinen Fortdauervermutung einmal entstandener Rechte. Allerdings kann er sich hierbei auf Hedemann[51]) für seine Ansicht nicht berufen, da Hedemann, wie auch die überwiegende Zahl der übrigen Schriftsteller, eine allgemeine Fortdauervermutung, die vereinzelt im Anschluß an die von Schneider[52]) begründete Fortdauertheorie vertreten worden ist, ablehnt. Diese Vermutung ist nirgends im Gesetz normiert. Der richtige Gedanke der Fortdauervermutung liegt, worauf Leonhard hingewiesen hat, darin, daß derjenige, der die Entstehung eines Zustandes oder eines Rechtes beweist, häufig auch dessen jetziges Bestehen beweisen wird[53]). Der Richter kann auf die Fortdauer schließen, er muß es aber nicht. In allen Fällen danach vorzugehen, könnte nur ein Rechtssatz befehlen, wie es bei den Gesetzesvermutungen der Fall ist. Eine unterschiedslose Fortdauervermutung kann in manchen Fällen sogar unbillig sein, häufig ist sie auch durchaus nicht wahrscheinlich. Sie hat daher nur ihre Berechtigung auf dem Gebiet der Beweiswürdigung, wo durch sie, wenn es die Billigkeit erfordert, in zweckmäßiger Weise die Beweisführung auf die einzelnen Parteien verteilt wird.

Wenn also im Falle der Eigentumsvermutung des § 1006 der Besitzer als Kläger auftritt, und dem Vermutungsgegner der Nachweis, daß der Besitzer beim Erwerb seines Besitzes nicht zugleich auch das Eigentumsrecht erworben habe, mißglückt, so wird der Richter bei unserer Annahme, daß die Vermutung des § 1006 nur die Entstehungsvoraussetzungen deckt, in den weitaus meisten Fällen von dem Besitzer nicht mehr den Beweis des jetzigen Bestehens seines Eigentumsrechtes verlangen, wenn der Vermutungsgegner nunmehr geltend macht, das Recht sei wohl entstanden, später aber wieder untergegangen. Denn in diesem Falle spricht die Wahrscheinlichkeit sehr

---

[51]) Hedemann, S. 286ff.

[52]) Schneider, Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise, § 15ff., § 21ff. Die Fortdauertheorie wurde hauptsächlich auf das praktische Bedürfnis gestützt. Der Beweis der Entstehung eines Zustandes sollte den Beweis seiner Fortdauer entbehrlich machen. Hieraus folgerte man, daß eine Vermutung für die Fortdauer spreche. Vgl. auch Fitting, a. a. O., S. 17ff.; Betzinger, S. 54ff., 169ff.; Bech, S. 67ff.; a. A. heute die h. m.; vgl. Hedemann, S. 293; Rosenberg, S. 140; Stein-Jonas, § 282 IV, 2, Note 52; Wach, a. a. O., S. 386.

[53]) Leonhard, S. 54ff.

dafür, daß das einmal entstandene Eigentumsrecht auch noch weiter bei dem Besitzer geblieben ist. Bei dieser Sachlage wird der Richter also demjenigen, der Veränderungen des bestehenden Zustandes behauptet, auch den Beweis hierfür auferlegen, obwohl die Beweislast für das Weiterbestehen des einmal entstandenen Rechtes, nach der von uns vertretenen Auffassung, dem Vermutungsträger obliegt. Beweislast bedeutet jedoch nicht, daß der damit Belastete auch beweisen muß[54]). Die genannte Wahrscheinlichkeitsregel ist vielmehr nur ausschlaggebend dafür, wem der Richter die Führung des Beweises auferlegt. Aus diesem Grunde kann man auch bei der Wahrscheinlichkeitsregel nicht von einer Vermutung sprechen, da nur diese einen gewissen Einfluß auf die Verteilung der Beweislast ausübt[55]).

Betrachten wir bei der Eigentumsvermutung des § 1006 weiterhin den Fall, daß der Vermutungsgegner nachgewiesen hat, der Besitzer habe beim Besitzerwerb kein Eigentum erworben, so versagt naturgemäß ein Schutz des Besitzers durch eine Fortdauervermutung. Steht man auf dem Standpunkt, die Rechtsvermutung des § 1006 umfasse nur das Entstandensein, nicht aber auch das jetzige Bestehen des vermuteten Rechts, so wäre es dann Sache des Besitzers, den Nachweis dafür zu erbringen, daß sein Eigentum später entstanden ist, sei es nun durch Genehmigung seitens des Berechtigten, sei es durch Ersitzung. Man kann hier umgekehrt sagen, daß, falls der Vermutungsgegner den Nachweis des Nichterwerbs des Eigentumsrechts durch den Besitzer führt, die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß der Besitzer auch später das vermutete Recht nicht erworben hat. Gegenüber dieser Wahrscheinlichkeitsregel trägt der Besitzer die Beweisführungslast für das spätere Entstehen seines Rechtes, die in diesem Falle mit der Beweislast zusammenfällt.

Dieses Ergebnis entspricht in der Tat einem praktischen Bedürfnis, denn genau so, wie es billig ist, den Besitzer von dem oft schwer zu erbringenden Nachweis eines Eigentumserwerbs zu befreien, entspricht es auch der Billigkeit, von dem Vermutungsgegner nicht die Widerlegung von Vorgängen zu verlangen, die Dritten in den meisten Fällen keineswegs offenkundig sind. Es wird ihm nämlich nur selten gelingen, Beweismittel beizubringen, womit er seinen Widerlegungsbeweis führen kann. Dieser offenbaren Unbilligkeit ist nur gerecht zu werden, wenn man die Beweislast dafür, daß sein Recht später entstanden sei, dem Besitzer auferlegt. Dieses Ergebnis erscheint auch nicht ungerechtfertigt, besonders im Hinblick darauf, daß der Besitz aus den bereits oben dargelegten Gründen im BGB. nicht mehr in dem Maße als Kenntlichkeitsfaktor der in ihm verkörperten Rechte dienen kann, als dies zur Zeit des mittelalterlich deutschen Rechtes der Fall war.

Hierfür spricht u. E. ferner, daß das Gesetz selbst Ausnahmen von dem in § 1006 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatz aufstellt, indem nämlich der Besitzer

---

[54]) So Leonhard, S. 133ff., 182ff.; ferner Püschel, JR., 26, S. 609.

[55]) Vgl. oben, § 2.

trotz seines Besitzes sein Eigentumsrecht gegenüber demjenigen nachweisen muß, der beweist, daß ihm die Sache gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen ist (§ 1006 Abs. 1 Satz 2). Als weitere Ausnahme von § 1006 stellt auch die Verordnung betreffend Verwendung von Militärgut vom 23. 5. 1919 für Sachen, die aus Beständen der Heeres- und Marineverwaltung stammen, die durch Gegenbeweis widerlegbare gesetzliche Vermutung auf, daß sie einer der genannten Verwaltungen gehören, auch wenn sie sich im Privatbesitz befinden[56]).

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, daß der Besitz an einer beweglichen Sache dem Besitzer nur insoweit im Prozeß eine Erleichterung der Beweislast gewähren kann, als er ihn von dem Nachweis der Entstehung seines Eigentums befreit, daß er aber für die späteren Entstehungsgründe des Rechts nur eine Wahrscheinlichkeitsregel, keine Rechtsvermutung begründet. Ist also der Nachweis, daß das vermutete Recht nicht entstanden sei, vom Vermutungsgegner geführt, dann hat der Besitzer für den von ihm behaupteten späteren Rechtserwerb selbst die Beweislast zu tragen. Dies mag wohl den Anschein einer gewissen Härte für den Besitzer erwecken, wir haben jedoch gezeigt, daß dies da, wo es tatsächlich angebracht erscheint, wesentlich durch eine verständige Verteilung der konkreten Beweisführung seitens des Richters gemildert werden kann. Zudem trägt auch, wie wir oben[57]) dargetan haben, die Beweislast für die Abwesenheit der Tilgungstatsachen der Vermutungsgegner.

§ 8.

Die Widerlegung der Erbscheinsvermutung (§ 2365 BGB.).

Ähnliche Fragen, wie bei der Rechtsvermutung des § 1006 tauchen bei der Widerlegung der Rechtsvermutung des § 2365 BGB. auf. Bei dieser Vermutung, die ebenso wie der Grundbucheintrag und der Besitz auf dem deutschrechtlichen Publizitätsgedanken beruht[1]), zieht das Gesetz aus dem Vorhandensein eines Erbscheins die Schlußfolgerung, daß der darin Bezeichnete Erbe sei. Der Erbschein verleiht also wie die altdeutsche Gewere nur den Schein eines Rechts. Er führt bereits eine positive Entscheidung herbei, ohne daß seitens des Prozeßgerichts zunächst geprüft werden müßte, ob die Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins tatsächlich vorgelegen haben. Einen bestimmten Berufungsgrund (Gesetz, Testament, Erbvertrag) legt das Nachlaßgericht dem Erbschein mindestens stillschweigend, meist sogar

[56]) Vgl. RG., Bd. 105, S. 297, Bd. 106, S. 352.
[57]) Vgl. oben, S. 31 f.

[1]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatr., II, § 113; Herbert Meyer, Publizitätsprinzip; Eßlinger, Der Erbschein nach dem BGB., S. 2.

ausdrücklich zugrunde. Wird nun die Gültigkeit eines dieser Berufungsgründe im Prozeß bestritten, so erhebt sich die Frage, inwieweit das Vorhandensein des Erbscheins den durch ihn legitimierten, vielleicht nur scheinbaren Erben davor schützt, nunmehr das Bestehen seines Erbrechts nachweisen zu müssen. Ohne das Vorhandensein des Erbscheins hätte z. B. bei einer Klage des gesetzlichen Erben gegenüber dem Erbschaftsbesitzer, der auf Grund Testamentes Erbe zu sein behauptet, der gesetzliche Erbe nur zu beweisen, daß er zur Erbschaft berufen ist, nicht aber, daß kein testamentarischer Erbe vorhanden ist[2]). Denn der Berufungsgrund ist rechtserzeugende Tatsache. Ist der Erbfall daraufhin nicht erfolgt, weil ein anderer Berufungsgrund entgegenstand, so stellt dies demgegenüber eine rechtsvernichtende Tatsache dar, die in dem von uns gebildeten Falle der Erbschaftsbesitzer, wenn er auf Grund Testamentes Erbe zu sein behauptet, auch zu beweisen hätte, denn Testament und Verwandtschaft sind nach der Regelung des BGB. zwei gleichwertige Berufungsgründe. Ist aber in dem angenommenen Falle ein Erbschein vorhanden, so hat die an ihn geknüpfte Rechtsvermutung die Wirkung einer Umkehrung der Beweislast[3]). Sie zwingt also den gesetzlichen Erben gegenüber dem in dem Erbschein bezeugten Erbrecht des testamentarischen Erben, den Beweis des Gegenteils durch alle zulässigen Beweismittel zu führen, etwa dadurch, daß das Testament gefälscht sei. Gelingt ihm dies nicht, so müßte er, da er die Beweislast trägt, mit seiner Klage abgewiesen werden. Von diesem allgemein für alle Rechtsvermutungen geltenden Grundsatz sind, wie wir gesehen haben, bei den einzelnen Vermutungstatbeständen nur insofern Abweichungen denkbar, als es bei einzelnen Vermutungen fraglich sein kann, ob alle Tatsachen, die das vermutete Recht zu begründen geeignet sind, von der Vermutung umfaßt werden. Wir haben bereits oben ausgeführt, daß die Konstruktion der Rechtsvermutung einer der Billigkeit und Wahrscheinlichkeit entsprechenden Ausdehnung auf die einzelnen Entstehungstatsachen nicht entgegensteht.

In einer viel besprochenen Entscheidung[4]) ist das Reichsgericht (IV. Zivilsenat), um den gegenüber einer Rechtsvermutung zu führenden Beweis dem Vermutungsgegner zu erleichtern, zu Ergebnissen gekommen, die der Vermutung den Charakter einer Ausnahme gegenüber den allgemeinen Beweislastregeln überhaupt nehmen, und in der zum Teil neue bedenkliche Beweislastregeln aufgestellt sind. Ob der von dem RG. in der genannten Entscheidung eingeschlagene Weg der richtige ist, mag eine Würdigung der Gründe zeigen. Eine wenn auch kurze Wiedergabe der wesentlichen Ent-

[2]) Vgl. Strohal, II, S. 387; Binder, III, S. 129; Planck, § 2018, Anm. 5; Staudinger, § 2018, III.

[3]) Vgl. oben, § 2.

[4]) RG. Gruchot, Bd. 57, S. 1021 = Warn., 13, Nr. 300. Recht, 13 = S. 1159.

scheidungsgründe des Urteils ist hierzu erforderlich[5]). Ein Erbschein war auf Grund eines privatschriftlichen Testaments erteilt worden. Auf die Klage eines Verwandten des Erblassers, der die Erbschaft als gesetzlicher Erbe mit der Behauptung, das privatschriftliche Testament sei unecht, in Anspruch nahm, erkannte das RG. dahin, daß der Kläger nur die sein gesetzliches Erbrecht ergebenden Tatsachen und nicht auch zur Widerlegung der Erbscheinsvermutung die Unechtheit des Testamentes nachzuweisen habe. Es müsse vielmehr der Beklagte zur Ausschließung des Erbrechts des Klägers entweder seine nähere Verwandtschaft mit dem Erblasser, oder das Vorhandensein einer sein Erbrecht begründenden Verfügung, insbesondere deren Echtheit beweisen.

In den Entscheidungsgründen führt das RG. zunächst aus, die Vermutung des § 2365 sei eine Rechtsvermutung und keine Vermutung für die dem Erbrecht zugrunde liegenden Tatsachen, wie etwa die Echtheit eines Testaments. Ferner weist es darauf hin, daß es große Unzuträglichkeiten zur Folge haben würde, wenn im Erbrechtsstreit infolge der Vermutung des § 2365 der Kläger für alle dem Beklagten ungünstigen Tatsachen die Beweislast tragen solle. Das Nachlaßgericht würde dann einen entscheidenden Einfluß auf den Ausgang des Prozesses haben, zumal es auch während der Anhängigkeit eines Rechtsstreits einen Erbschein ausstellen (§ 2360) oder einziehen und einen anderen ausstellen könne, dann müsse jedesmal eine andere Beweislastverteilung Platz greifen. Möglich sei auch, daß, obwohl die im Erbschein getroffene Feststellung sich nach den Beweisergebnissen des Prozesses nicht mehr halten lasse, das Nachlaßgericht Bedenken trage, auf eine Klage aus § 2362 den Erbschein einzuziehen. Das „non liquet" würde dann dazu führen, zugunsten des Vermutungsträgers zu entscheiden. Würde aber der Erbprätendent im Wege der Beschwerde gegen die Erteilung des Erbscheins dessen Einziehung (§ 2361) betreiben, so stände ihm die Vermutung nicht entgegen. Es sei mithin günstiger, wenn er letzteren Weg einschlage, obwohl ihm das Prozeßverfahren eine bedeutend größere Gewähr für die Vollständigkeit der Beweisaufnahme und die Richtigkeit der Entscheidung biete. Die Entscheidung des Nachlaßgerichts sei zudem nur eine vorläufige. Die Notwendigkeit einer raschen Erteilung des Erbscheins halte das Nachlaßgericht von einer größeren Beweisaufnahme ab, es sei daher auch nicht in der Lage, alle Streitpunkte, die sich später im Prozeß herausstellten, zu übersehen. Die im Streitverfahren ergehende Entscheidung verdiene somit den Vorzug. Die lediglich provisorische Entscheidung des Nachlaßgerichts dürfe daher nicht zur Folge haben, daß in jeder Hinsicht zugunsten des im Erbschein bezeichneten Erben vermutet würde, weil dadurch eine selbständige Nachprüfung dem Prozeßgerichte zum großen Teil genommen wäre. Die Erbscheinsvermutung könne

[5]) Diese Darstellung erfolgt unter Benutzung des Auszugs des RG.-Urteils bei Rosenberg, S. 266f.

vielmehr keine andere Wirkung haben, als daß der durch einen Erbschein ligitimierte Erbe im Besitz der Erbschaft bleibe, für den Fall, daß es dem Kläger nicht gelinge, den Beweis für sein Erbrecht zu erbringen. Die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins könne auch mit der Vermutung der Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch nicht auf eine Stufe gestellt werden. Letztere erfolge auf Grund formeller Erklärungen, bei deren Prüfung nach dem Konsensprinzip auf das der Erklärung zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht einzugehen sei. Der Vermutung aus § 891 könne daher eine weitere Ausdehnung gegeben werden, die auf den Erbschein nicht ohne weiteres übertragen werden dürfe[6]).

Die Darlegungen des RG. gipfeln also darin, daß grundsätzlich alle Rechtsvermutungen ihrem Umfange nach nicht gleich zu behandeln, sondern daß sie vielmehr, je nachdem, welchem Rechtsinstitut sie zugehören, in ihrem Anwendungsgebiet beschränkt sind. Diese an sich verständliche Auffassung findet ihre Erklärung vor allem aus der Erwägung heraus, daß einem Vermutungsbegünstigten durch die Rechtsvermutung eine durchaus überlegene Stellung im Prozeß gegenüber dem Gegner gewährt wird, die letzteren meist zu einer in unbilliger Weise erschwerten Widerlegung zwingt.

Die vom RG. angeführten Gründe geben u. E. keine hinreichende Grundlage dafür, der Erbscheinsvermutung im Gegensatz zu den anderen Rechtsvermutungen jeden Einfluß auf die Beweislast zu nehmen. Dem ersten Grund des RG., daß die Erbscheinsvermutung eine Rechtsvermutung sei und keine Vermutung für die Richtigkeit der dem Erbschein zugrunde liegenden Tatsachen enthalte, kommt bezüglich der Widerlegung, wie oben dargelegt wurde, keine praktische Bedeutung zu, denn auch nach den Vertretern der Ansicht, es werde lediglich das Recht vermutet, muß der Gegner des Vermutungsträgers die Tatsachen beweisen, aus denen sich die Unrichtigkeit der Vermutung ergibt[7]).

Richtig ist, was das RG. bezüglich der Unzulänglichkeit des Erbscheinsverfahrens gegenüber dem Prozeßverfahren sowie hinsichtlich des provisorischen Charakters des Erbscheins ausführt. Jedoch ist es unberechtigt, wenn das RG. meint, der Nachlaßrichter übe auf den Prozeß im Verhältnis zu den bei Erteilung des Erbscheins nur summarisch geprüften Grundlagen zu großen Einfluß auf den Prozeß aus, wenn die Erteilung des Erbscheins die Wirkung hätte, daß im Erbschaftsprozeß die Beweislast für alle dem Beklagten ungünstigen Tatsachen unterschiedslos dem Kläger zufielen. Dies ist nur insoweit richtig, als der Prozeßrichter an die Rechtsvermutung gebunden ist, solange sie unbestritten bleibt. Wird sie aber bestritten — und dies von dem Ver-

---

[6]) Diese Gründe des RG. sind überwiegend gebilligt worden; so von Josef, Iher. Jahrb., Bd. 65, S. 161ff.; Rosenberg, S. 266ff.; Kipp, Erbrecht, § 63[4]; Heinsheimer, LZ., 1915, S. 1276.

[7]) Vgl. auch Rosenberg, S. 267.

mutungsgegner zu verlangen, ist sicher nicht unbillig — so ist der Richter an die Vermutung nicht mehr gebunden, damit hört auch der Einfluß der Vorentscheidung des Nachlaßrichters auf. Man kann somit nicht allgemein behaupten, der Nachlaßrichter entscheide den Prozeß. Nur in einem Falle führt die Erbscheinsvermutung zu einer anderen Entscheidung, nämlich, wenn sich weder die Echtheit, noch die Unechtheit des Testamentes nachweisen läßt, da im Falle des „non liquet" derjenige den Schaden trägt, der die Beweislast hat, hier also der Vermutungsgegner. Ob es aber wegen dieses einen, gewiß nur selten vorkommenden Falles gerechtfertigt ist, der Rechtsvermutung des § 2365 jede Einwirkung auf die Beweislastverteilung bei Prozessen einem anderen Erben gegenüber zu nehmen, dafür findet sich im Gesetz kein Anhalt. Ein so wichtiger Unterschied gegenüber anderen Vermutungen hätte u. E. irgendwie zum Ausdruck kommen müssen. Auch die Geschichte der Erbvermutung spricht nicht dafür. So besagen z. B. die Motive[8]) „die Vermutung wirkt für und gegen jeden Dritten, also auch gegen den, der selbst Erbe zu sein behauptet. Es sei auch angemessen, dem Nachlaßrichter einen materiellen Einfluß auf den Streit um die Erbschaft einzuräumen. Hiermit werde auch vermieden, daß ein Erbschaftsstreit völlig ohne Ergebnis bleibe, wenn beide Teile ihr Erbrecht nicht voll beweisen könnten." Auf diesen in den Vorarbeiten zum BGB. vertretenen Standpunkt weist auch Josef hin[9]).

Ein Vergleich mit der schon behandelten Eigentumsvermutung des § 1006 zeigt, daß bei den Vermutungen die Widerlegung für den Vermutungsgegner zu Unbilligkeiten führen kann. Diese Unbilligkeit ließ sich aber bei § 1006 beheben, ohne daß der Vermutung ihr Einfluß auf die Beweislast grundsätzlich genommen wurde. Sie wurde nur bezüglich des Umfangs hinsichtlich der Entstehungstatsachen des vermuteten Rechts eingeschränkt in der Annahme, daß der Besitz im BGB. nicht in dem Maße als Kenntlichkeitsfaktor eines Rechtes angesehen werden kann. Warum nun gerade beim testamentarischen Erben, der den Erbschein auf Grund einer, wenn auch raschen, aber doch auf umfangreichen Unterlagen beruhenden Nachprüfung erhält, die Wirkung auf die Beweislast völlig fortfallen soll, dafür bietet der Erbschein auch als Kenntlichkeitsfaktor eines Rechts keinen Anhalt. Er sagt vielmehr lediglich nichts darüber, welche Entstehungstatsachen des vermuteten Rechts vermutet würden. Nimmt man aber, wie das RG. in der angeführten Entscheidung, dem Erbschein jede Einwirkung auf die Beweislast, so wäre er hiermit im Prozeß überhaupt ohne Bedeutung. Die ihm vom RG. zugeschriebene Wirkung auf die Verteilung der Parteirollen bestimmt nicht er, sondern der Erbe selbst, indem er sich in den Besitz der Erbschaft setzt. Allerdings gibt ihm der Erbschein die Möglichkeit, einen Besitzanspruch

---

[8]) Motive, V., S. 567.
[9]) Josef, a. a. O., S. 173.

(§§ 857, 861 BGB.) geltend zu machen. Die Natur einer Besitzeinweisung, wie das RG. sagt, hat der Erbschein jedoch nicht. Befindet sich der Kläger im Besitz von Erbschaftsgegenständen, so ändert sich an den Besitzverhältnissen nichts, auch wenn er mit seiner Klage abgewiesen wird. Andererseits bleibt der Beklagte im Besitze, wenn er bereits Besitzer ist, einerlei ob er einen Erbschein hat oder nicht[10]).

Aber auch die anderen Argumente des RG. sind nicht durchschlagend. Allerdings hat das Nachlaßgericht den Erbschein einzuziehen oder für kraftlos zu erklären, wenn sich dessen Unrichtigkeit ergibt. Auch im Wege der Beschwerde kann ein anderer Erbprätendent die Einziehung des Erbscheins beantragen[11]). An die Vermutung ist der Nachlaßrichter aber auch in diesem Verfahren so lange gebunden, bis er von der Unrichtigkeit des Erbscheins überzeugt ist[12]). Es genügt nach der Rechtsprechung des KG.[13]) auch das Vorliegen eines „non liquet" bezüglich des Erbrechts, um den Erbschein einzuziehen, z. B. wenn sich die Echtheit eines privatschriftlichen Testaments nicht zweifelsfrei ergibt. Hieraus kann aber nur gefolgert werden, daß das Nachlaßgericht die zur Begründung eines Antrags auf Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen nicht für festgestellt erachtet. Jedoch ist damit nicht gesagt, daß der erteilte Erbschein tatsächlich unrichtig ist und somit der Erbe nach § 2362 auch auf Herausgabe an das Nachlaßgericht klagen könne. § 2362 setzt die Unrichtigkeit des Erbscheins voraus. Wenn nach § 2361 der Erbschein schon bei einem „non liquet" eingezogen werden kann, so muß man daraus nicht schließen, daß dies auch bei einem „non liquet" in § 2362 der Fall sein müsse. Denn bei einem „non liquet" ist eben der Erbschein nicht unrichtig, vielmehr sind nur seine Grundlagen nicht für festgestellt erachtet. Es ist daher unzutreffend, wenn Josef, Heinsheimer, Rosenberg[14]) die Unrichtigkeit des Erbscheins bei einem „non liquet" annehmen und dann hieraus die Schlußfolgerung ziehen, in § 2362 müsse dasselbe gelten wie in § 2361. Der Begriff des „non liquet" ist in beiden Paragraphen derselbe, aber in dem von uns erläuterten Sinne. Lediglich die Folgen sind verschieden: in dem Falle des § 2362 Bindung des Richters an die Rechtsvermutung; in § 2361 keine Bindung des Nachlaßrichters, daher Möglichkeit der Einziehung des Erbscheins. Diese Divergenz beruht aber auf der grundsätzlichen Verschiedenheit der Verfahren in den §§ 2361 und 2362. Das verschiedene Ergebnis ist mithin nicht weiter verwunderlich. Wenn Josef[15])

---

10) Vgl. O. Fischer, a. a. O., S. 295; ferner Weißler, S. 344.
11) Vgl. Staudinger zu § 2361, 2; ferner Josef, § 84, F.G.G., Anm. 1.
12) Vgl. auch Leonhard, Erbrecht, § 2365, Bem. III B.
13) KG. in JR., 25, Nr. 1529.
14) Josef, a. a. O., S. 179 f.; Heinsheimer, a. a. O., S. 1276; Rosenberg, S. 266 ff.; dagegen mit Recht Leonhard, S. 214.
15) Josef, a. a. O., S. 180.

meint, die Vorschrift des § 2362 weise darauf hin, daß dem Gesetz eine Beschränkung des Prozeßgerichts ferngelegen habe, so ist dies u. E. nicht gerechtfertigt, auch nicht durch die systematische Stellung des § 2362. Es ist eben eine selbstverständliche Voraussetzung, daß die Rechtsvermutung nur im Rechtsstreit gilt. Zudem sind die praktischen Folgen dieser Divergenz auch nicht weiter bedenklich, der wirkliche Erbe wird mit der Klage auf Herausgabe nach § 2362 zweckmäßig immer den Antrag auf Einziehung gemäß § 2361 stellen[16]), er ist dann, wenn einmal ein „non liquet" eintreten sollte, den ihm ungünstigen Folgen des § 2362 nicht mehr ausgesetzt.

Aus den genannten Gründen ist auch die von Rosenberg[17]) aus § 2362 gezogene Schlußfolgerung, daß die Erbscheinsvermutung nur gegenüber einem anderen Erbprätendenten versage, nicht haltbar. Die Erbscheinsvermutung wirkt für und gegen jeden, sie bewirkt die Umkehrung der Beweislast, gleichgültig ob der Erbscheinsinhaber als Kläger oder als Beklagter auftritt.

Das RG. knüpft schließlich noch an die aus § 2360 sich ergebende Möglichkeit der Einziehung des Erbscheins während eines Rechtsstreits die Bemerkung, daß dadurch der Ausgang des Prozesses durch die jeweilige Stellung des Nachlaßrichters beeinflußt würde. Es ist oben bereits dargetan, daß dies überhaupt nur der Fall ist, wenn die zur Begründung erforderlichen Tatsachen beweislos geblieben sind. In der Praxis werden sich die vom RG. befürchteten Folgen auch wohl kaum einstellen, denn das Nachlaßgericht, das nach ausdrücklicher Vorschrift des § 2360 den Antragsgegner vorher hören soll, wird eine Entscheidung über das Erbrecht der Parteien nur abgeben, wenn ihm das Erbrecht der Antragsteller genügend dargetan ist[18]). In diesem Sinne ist ihm auch die Aussetzung der Entscheidung bis zur Erledigung des Rechtsstreits gestattet[19]).

Wenn das RG. sich schließlich noch darauf beruft, daß der Vermutung des § 891 infolge des formellen Konsensprinzips eine weitere Ausdehnung zu geben sei, so hat schon Fischer[20]) mit Recht darauf hingewiesen, daß hierdurch die Grundlage des Grundbucheintrags keineswegs mehr verbürgt werde, als dies durch Feststellung der Richtigkeit der für die Erteilung des Erbscheins erforderlichen, rechtsbegründenden Tatsachen geschehe. Dieses Prinzip sei nur formell und entbehre der materiellen Grundlage.

Auch alle anderen von Heinsheimer und Rosenberg angeführten Gründe, wie etwa die nur deklaratorische Wirkung des Erbscheins gegenüber

---

[16]) Vgl. Komm. RGR., § 2362, 1 und § 2361, 8; Staudinger, § 2362, Anm. 1.

[17]) Rosenberg, S. 269.

[18]) Vgl. Prot. V, S. 682.

[19]) Vgl. zu der ganzen Frage Staudinger, Vorbem. zu §§ 2358—60; ferner Leonhard, Erbrecht, § 2360, I, C; Planck, § 2360, 2; Kom. d. RGR., § 2360, 1.

[20]) Fischer, a. a. O., S. 287 f.

der in der Mehrzahl der Fälle konstitutiven Wirkung des Grundbucheintrags, sowie ferner der verschiedene Schutz des guten Glaubens (§ 892 Verfügung über das Recht selbst, § 2366 Verfügung nur über einzelne Gegenstände) können u. E. eine Einschränkung der Wirksamkeit der Erbvermutung nicht rechtfertigen. Denn daß die konstitutive Wirkung nicht wesentlich ist, zeigt die Vermutung des § 891 selbst, da der Grundbucheintrag auch deklaratorische Wirkung haben kann[21]); der Schutz des guten Glaubens und die Vermutung sind zwar zwei Wirkungen aus demselben Rechtsschein, sie sind aber im übrigen völlig selbständig und voneinander unabhängig[22]).

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die vom RG. in der genannten Entscheidung angeführten Gründe keine Grundlage für eine anderweitige Beweislastverteilung bei der Vermutung des § 2365 bilden können. Kuttner und Fischer[23]) sind demzufolge auch der Ansicht, daß der Vermutungsgegner nachzuweisen hat, daß alle Entstehungstatbestände des vermuteten Rechts nicht eingetreten sind. Auch das RG. (V. Zivilsenat) hat dies in einer späteren Entscheidung[24]) wieder ausgesprochen, ohne allerdings sich näher mit der Entscheidung aus dem Jahre 1913 auseinanderzusetzen. Eine endgültige Klärung der Frage ist also durch diese zuletzt ergangene Entscheidung nicht geschaffen.

Der von uns eingehend erörterten Entscheidung des RG. liegt der richtige Gedanke zugrunde, daß es unbillig ist, dem Vermutungsgegner die Widerlegung aller erdenklichen Umstände, die zu einem Rechtserwerb führen könnten, aufzuerlegen. Wir glauben aber nachgewiesen zu haben, daß die hierbei vom RG. aufgestellten Beweislastregeln nicht gerechtfertigt sind, denn läßt man zur Widerlegung der Erbscheinsvermutung genügen, daß der Erbprätendent lediglich den Berufungsgrund für sein eigenes Recht nachweist[25]), so wird der Rechtsvermutung ihre Hauptdeutung, die Umkehrung der Beweislast, genommen. Da insofern alle Rechtsvermutungen gleich sind, käme man, wie Fischer[26]) sehr richtig sagt, zu dem Ergebnis, daß auch alle

---

[21]) Fischer, a. a. O., S. 287.

[22]) Ein näheres Eingehen auf diese Frage muß hier unterbleiben, da es den Rahmen der gestellten Aufgabe überschreiten würde.

[23]) Kuttner, a. a. O., S. 150; Fischer, a. a. O., S. 302ff.

[24]) RG., 92, S. 71ff. Diese Entscheidung übersieht aber, daß die Widerlegung der Rechtsvermutung sich nur auf Tatsachen richten kann, aus denen sich die Unrichtigkeit des Erbscheins ergeben soll, nicht aber darauf, daß das zugrunde liegende Testament anders ausgelegt werden müsse oder darauf, ob ein privatschriftliches Testament auch ohne richtiges Datum gültig sei. Hierbei ist für die Anwendung von Beweislastregeln kein Raum (vgl. Rosenberg, S. 265; Leonhard, Bem. zu § 2365).

[25]) Hierfür auch Kipp, a. a. O., S. 184⁴, der daneben auch die von Kuttner geforderte volle Widerlegung zulassen will.

[26]) O. Fischer, a. a O., S. 294ff.

übrigen Rechtsvermutungen nicht diese Wirkung hätten, denn für eine Ausnahmestellung der Erbvermutung findet sich kein Anhaltspunkt. Dies gilt auch gegenüber den Darlegungen von Kipp.

Es ist wohl zutreffend, daß die Tatbestände, an die das Gesetz eine Vermutungswirkung knüpft, nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich haben, daß das von ihnen verkörperte Recht auch besteht. Immerhin wird diese Wahrscheinlichkeit aber allgemein als so groß angesehen, daß den Vermutungsträger ein ihm an sich obliegender Beweis erspart und dem Gegner der Beweis des Gegenteils auferlegt wird. Naturgemäß ergeben sich bei der Widerlegung Härten. Ein Ausgleich hierfür darf aber nicht dadurch geschaffen werden, daß man den Vermutungen ihre grundsätzliche Wirkung auf die Beweislastverteilung überhaupt nimmt. Härten der Beweislastverteilung sind, worauf zuerst insbesondere Leonhard hingewiesen hat, durch die beweglicheren Beweisführungsregeln auszugleichen. Diese finden z. B. auch Anwendung, wenn der nicht beweisbelasteten Partei das Beweisthema erheblich nähersteht, oder wenn es sich um den Beweis von Negativen handelt[27]. So z. B. auch, um den hier vorliegenden Fall herauszugreifen, wenn der Vermutungsgegner nachzuweisen hat, daß dem Erbscheinsinhaber kein Erbrecht auf Grund Testamentes zusteht. Das Gegenteil dieser Behauptung liegt hier in erster Linie in der Wahrnehmung des Erbscheinsinhabers. In diesem Falle verlangt es die Billigkeit, von dem Vermutungsträger die Darlegung der Gründe, auf die er sein Erbrecht stützt, zu verlangen. Da er aber in diesem Falle auch ausschließlich die Beweise für sein Erbrecht in der Hand haben muß, so ist er nach Treu und Glauben auch zur Aufklärung des streitigen Umstandes verpflichtet. Behauptet er also, er habe auf Grund Testamentes geerbt, so ist von ihm auch zu verlangen, daß er das Testament vorlegt[28]. Es trifft den Erbscheinsinhaber also insofern eine Anregung- und Aufklärungslast bezüglich des Rechtsgrundes des von ihm behaupteten Rechtes. Nach Vorlage des Testamentes kann der Richter in freier Beweiswürdigung feststellen, ob es gültig und demzufolge der Beklagte zu Recht als Erbe berufen ist. Hiermit ist der beweisbelastete Kläger dem sonst für ihn sehr schwer zu führenden Negativenbeweis enthoben. In den meisten Fällen wird er auch auf diese Weise zum Ziele kommen. Führt die Beweiswürdigung zu einem „non liquet", so ist es u. E. auch nicht unbillig, wenn gegen den beweisbelasteten Vermutungsgegner entschieden wird. Denn wenn die Gültigkeit der Berufungsgrundlage des dem Erbschein zugrunde gelegten Testamentes im Prozeß nicht aufklärbar ist, warum soll es gerade ungültig sein, der Erbschein verschafft seinem Inhaber eben eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sein Recht, die im Prozeß infolge seiner Wirkung auf die Beweislast ausschlaggebend ist.

---

[27]) Leonhard, S. 175ff.

[28]) Vgl. die eingehenden Darlegungen bei Leonhard, S. 211ff.

Daß dieselbe Sachlage im Verfahren vor dem Nachlaßgericht zu einer anderen Entscheidung führen kann, liegt daran, daß es im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Beweislast in prozessualem Sinne gibt. Wegen der in beiden Verfahren gewiß nicht häufig auftretenden Divergenz, neue Beweislastregeln aufzustellen und die Wirkungen beider Verfahren demzufolge miteinander auszugleichen, ist u. E. nicht angebracht, zumal infolge der oben dargelegten Beweisführungsregeln in der größten Mehrzahl der Fälle eine der Billigkeit entsprechende Entscheidung herbeigeführt werden kann. Im Prozeß ist daher grundsätzlich an der Vermutungswirkung festzuhalten. Wir glauben auch, daß das RG., das in der neuesten Rechtsprechung immer mehr von den Beweisführungsregeln zum Ausgleich bei Härten in der Beweislast Gebrauch macht[29]), heute auch im Falle des Erbscheins nach den insbesondere von Leonhard betonten Grundsätzen der Beweiswürdigung und Beweisführung seine Entscheidung treffen würde[30]).

Zum Schlusse sei bemerkt, daß nur diejenigen Rechtsvermutungen, die uns von prinzipieller Bedeutung erschienen, zu einer eingehenderen Erörterung herangezogen worden sind.

IV.

Ergebnis.

§ 9.

Als Ergebnis unserer Untersuchungen ist festzustellen: Die Rechtsvermutung bewirkt grundsätzlich im Prozeß die Aufbürdung der Beweislast auf den Vermutungsgegner. Dieser hat das Gegenteil des vermuteten Rechtes zu beweisen (§ 292 ZPO.). Der Umfang dieses Beweises kann bei einzelnen Rechtsvermutungen (z. B. § 1006 BGB.) wohl verschieden sein. Die sich bei der Widerlegung für den Vermutungsgegner ergebenden Härten können aber nicht zu einer völligen Verneinung der grundsätzlichen Vermutungswirkung auf die Beweislastverteilung führen, sie sind vielmehr durch eine verständige Anwendung der Beweisführungsregeln auszugleichen (z. B. § 2365 BGB.).

---

[29]) Vgl. die Entsch. zu § 1006, insbesondere RG. LZ., 24, S. 636; RG. Warn., 26, Nr. 47.

[30]) Leonhard, S. 214.

Lebenslauf.

Am 2. März 1903 wurde ich in Wiesbaden als Sohn des Meldeamtsvorstehers Friedrich Scherz und seiner Ehefrau Emma, geb. Kohlhepp geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses.

Nach dem Besuch des staatlichen humanistischen Gymnasiums zu Wiesbaden, das ich Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ, studierte ich Rechtswissenschaft und zwar Sommersemester 1922 und Wintersemester 1922/23 in Freiburg i. Br., Sommersemester 1923 in Kiel, Wintersemester 1923/24 in Göttingen und Sommersemester 1924 bis Sommersemester 1925 in Marburg.

Im Februar 1926 bestand ich vor der Prüfungskommission des Oberlandgerichts Kassel die erste juristische Prüfung. Nach meiner Ernennung zum Referendar war ich in Wiesbaden im juristischen Vorbereitungsdienst tätig.

Am 15. Mai 1928 bestand ich vor der juristischen Fakultät der Universität Marburg mein juristisches Doktorexamen.